اشتراط سماع أحد العاقدين للآخر وأثره في العقود

د. إبراهيم بن ناصر الحمود

سلم البحث في ٢٠١٢/٦/٢٧م بسم الله الرحمن الرحيم اعتمد للنشر في ٢٠١٢/٧/٢٩م

ملخص البحث:

شرع الله التعامل في العقود وفاء بحاجات العباد، وأمر بالوفاء بها، وجعل الرضا أصلا تقوم عليه، ومن علاماته الصيغة اللفظية الدالة عليه، التي يعد سماعها حقيقة أو حكما أمرا معتبرا في العقد، وعدم سماعها لسبب من الأسباب مفضيا إلى عدم انعقاده، فإذا وجد سماع الصيغة في مجلسه أو بواسطة الوسائل الحديثة، أو وجد حكما كالتعاقد بالأفعال في عقود المعاملات المالية، انعقد العقد لوجود ما يدل على الرضا فيها، وسماع صيغة العقد في النكاح بمجلسه ووجود الرضا فيه معتبر، فإن فقد السماع فيه مطلقاً لم ينعقد، وإن فقد حقيقة ووجد ما يدل عليه كالكتابة والإشارة المفهومة صح، وإن بعدت المسافة ولم يسمع أحد العاقدين صيغة العقد إلا بوسائل الاتصال الحديثة، لم ينعقد العقد إلا في حال الضرورة، وهي حالة اليأس من السماع المباشر، إذا كانت المصلحة الراجحة في انعقاده، أخذا بالأحوط في الفروج التي يحتاط فيها مالا يحتاط في غيرها، لأن المفسدة المترتبة عليها أعظم من المترتبة على عقود المعاملات المالية .

Abstract:

Allah legislates for the transactions different kinds of contracts to serve the needs of people. He orders the accomplishment of promises and makes from the free consent the essence of contract's legality. The consent must appear through the orally terms stated, heard and understood by the parties. If the mutual paroles are for any raison unheard, the contract loses its existence. Likewise, in financial transactions, the contract exists when we hear the orally terms in the common place or through the modern ways of communication. Also, the transaction may be implied when we contract by acts approving our consents. But in marriage, the essential way for contracting must be orally in a

common place to both parties. Except in cases of necessity, when we have no chance to meet or to hear us, with a really interest to marry, we can contract in distance or through modern ways of communication. Marriage contract must be more preserved in view of the most dangerous side effects resulted by its nullity, comparatively with the financial transactions.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء وسيد المرسلين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيرا أما بعد .

فقد أحل الله البيع وحرم الربا، وأمر بالوفاء بالعقود والشروط الموافقة للشرع، وجعل الرضا شرطاً في العقود لا تصح بدونه، قال تعالى: ﴿ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ (١) .

وسماع أحد العاقدين للآخر في الإيجاب والقبول في سائر العقود وسيلة مباشرة لتحقق الرضا بالعقد، للأدلة الدالة على ذلك من الكتاب والسنة. وقد يوجد السماع مع الحضور والمشاهدة كما في مجلس العقد الحقيقي، وقد يوجد السماع مع المشاهدة دون الحضور كما في التعاقد عن طريق الكمرة المسموعة (الفيديو) عبر أجهزة الاتصال الحديثة، وقد يحصل السماع دون حضور ولا مشاهدة كما هو الحال في التعاقد عن طريق الهاتف وما في حكمه .

ومن المعلوم أن الحكم على الشيء ناتج عن تصوره، والتصور لا يمكن تحققه بدون السماع أو ما يقوم مقامه، فمثلاً سماع الإيجاب في العقود يعطي السامع صورة ذهنية ينتج عنها القبول أو الرفض أو السكوت إذا لم يترجح لدى السامع القبول أو عدمه .

ولا يمكن أن يقال في جانب التعامل التعاقدي (السكوت علامة الرضا) لأن المقام ليس مقام استحياء أو خجل، وإنما لابد من التعاقد اللفظي أو ما يقوم مقامه من القرائن الظاهرة الدالة على تحقق الرضا ،، وموجب العقد ما أوجبه العاقد على نفسه، وإنما المناسب لهذا المقام القاعدة الفقهية التي تقول:(لا

ينسب لساكت قول) [٢]، والتلفظ بالإيجاب والقبول فرع عن هذه القاعدة. لأن الساكت لا ينسب إليه تصرف،ولأن التصرف إما قول وهو فعل اللسان، أو فعل، أو قرينة راجحة. ومن هنا قيل في تكملة القاعدة السابقة (ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان) [٣].

والأصل أن السكوت ليس من وسائل التعبير عن الرضا، إلا أن الفقهاء استثنوا من هذه القاعدة مسائل أخذت دلالة الرضا فيها من السكوت وقرائن الأحوال، والظروف والملابسات المحيطة بالعقد، ليس هذا مجال التفصيل فيها [٤].

أما إجراء العقود مع عدم توفر السماع من أحد العاقدين للآخر: فالحكم في هذه الحالة يختلف بحسب اختلاف حالات عدم السماع وأسبابه، وبحسب نوع العقد، ثم إن السماع أو عدم السماع المؤثر في العقود لا يقتصر على الإيجاب والقبول فقط، بل حتى سماع العيب في السلعة، و سماع الفسخ من أحد العاقدين، وغير ذلك مما يؤثر في العقد، لأنه إذا انعدم الشرط انعدم المشروط، وهذا هو موضوع البحث في هذه المسألة .

أهمية الموضوع وسبب اختياره:

تبرز أهمية الموضوع وسبب اختياره في النقاط التالية:

١. عقود المعاملات المالية من أهم العقود في حياة المسلم والتي تشغل حيزاً كبيراً من تعاملاته اليومية .
٢. تحقق الرضا بالعقد شرط أساس في العقد، ولا يمكن تحقق ذلك إلا بطريق السماع أو ما يقوم مقامه .
٣. الإيجاب والقبول ركنان يكمل أحدهما الآخر، وهذا لا يتحقق إلا بالسماع أو ما يقوم مقامه .
٤. الاختلاف بين العاقدين يكون غالبه عدم تحقق السماع من أحدهما، مما يتطلب بيان الحكم في ذلك .

٥. لا تترتب آثار العقد عليه إلا بعد توفر سماع مجرياته، وإلا كان وجود العقد كعدمه .
٦. نظراً لتعدد وسائل الاتصال الحديثة فلا بد من معرفة ما يحقق السماع منها، حتى لا يتعرض العقد للإلغاء .
٧. دعوى الفسخ أو الرجوع عن الإيجاب والقبول بحجة عدم السماع مؤثرة في العقد، مما يجعل بحث هذه المسالة ضرورياً لاحترام العقد .

منهج البحث:

يتطلب هذا البحث المنهج الاستقرائي، ثم الاستنباطي، ثم الوصفي الذي تتميز عن طريقه نتائج البحث، أما طريقة العمل في البحث فهي على النحو التالي:

- الإفادة من المصادر الأصيلة في جمع المادة العلمية.
- الاستشهاد بأقوال الصحابة والأئمة من السلف حسب وجودها .
- بيان الحكم الفقهي في المسألة مع ذكر أقوال الفقهاء مرتبة حسب المذاهب في حال الخلاف، والاستدلال والمناقشة والترجيح .
- السماع وأثره في العقود عامة دون تخصيص عقد بعينه، ويأتي التعبير بعقد البيع – أحياناً – من باب التغليب .
- عزو الآيات القرآنية إلى سورها من القرآن مع بيان رقم الآية.
- تخريج الأحاديث الواردة في البحث من كتب التخريج المعتمدة والحكم عليها .
- توثيق المادة العلمية من مصادرها .
- ما كان منقولاً بنصه أضعه بين معكوفتين .
- شرح المفردات الغريبة إن وجدت .
- أختم البحث بخاتمة تبرز أهم نتائجه وتوصيات البحث .
- فهرس المصادر والمراجع .
- فهرس الموضوعات .

خطة البحث:

يتكون البحث من مقدمة ومبحثين وخاتمة .

المقدمة: مدخل لدراسة الموضوع، وفيها أربع مسائل:

المسألة الأولى: التعريف بمفردات العنوان .

المسألة الثانية: أهمية الرضا في العقود .

المسألة الثالثة: مفهوم الإيجاب والقبول .

المسألة الرابعة: الحالات الممكنة لعدم سماع الإيجاب والقبول .

المبحث الأول: السماع في عقود المعاملات. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: سماع الإيجاب والقبول في مجلس العقد.

المطلب الثاني: سماع العيوب في العقد وأثره على الفسخ .

المطلب الثالث: سماع صيغة العقد في حال غيبة العاقدين .

المبحث الثاني: السماع في عقد النكاح .وفيه مطلبان:

المطلب الأول: سماع الإيجاب والقبول في مجلس العقد .

المطلب الثاني: سماع عقد النكاح في حال غيبة العاقدين .

الخاتمة: وفيها أبرز نتائج البحث وتوصيات الباحث .

المقدمة: مدخل لدراسة الموضوع:

المسألة الأولى: التعريف بمفردات العنوان:

١- اشتراط: مصدر (شرط) والشرط بفتح الراء في اللغة: العلامة، ومنه قوله تعالى: ﴿ فَقَدْ جَاء أَشْرَاطُهَا ﴾ (٥): أي علاماتها. وبسكون الراء: الإلزام بالشيء وجمعه (شروط) (٦).

والشرط في الاصطلاح: عرفه القرافي بقوله (ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته) (٧)، كاشتراط الطهارة في الصلاة، وهذا أولى ما عرف به الشرط، لكونه جامعاً مانعاً، فقد خرج به السبب والمانع،لأن السبب: ما

يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته، كالنصاب سبب لوجوب الزكاة وأما المانع: فلأنه يلزم من وجوده العدم، كالدين مع وجوب الزكاة [٨].

٢- سماع: مصدر (سمع) والسمع أحد الحواس الخمس عند الإنسان، قال تعالى: ﴿ قُلْ هُوَ الَّذِي أَنشَأَكُمْ وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَةَ قَلِيلًا مَّا تَشْكُرُونَ ﴾ [٩]، وهو في اللغة: من سمع يسمع سماعاً، أي: مشافهة ومكالمة، والمراد به هنا: إدراك الصوت بحاسة السمع وهي الأذن، وللسمع معان أخرى كثيرة، ليس هذا محل بسطها [١٠].

٣- العاقدان: مثنى عاقد، وهما: العاقد والمعقود معه في العقود، كالبائع والمشتري في عقد البيع، والمؤجر والمستأجر في عقد الإجارة، والولي والزوج في عقد النكاح، وهما ركن من أركان العقد، يصدر منهما الإيجاب والقبول [١١].

٤- العقود: جمع عقد، والعقد في اللغة: الشد والربط، وهو في الأصل موضوع للحبل ونحوه، ثم أطلق على أنواع العقود، ومنه قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [١٢]، ويطلق على التصميم الجازم، كما في قوله تعالى: ﴿ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الأَيْمَانَ ﴾ [١٣]، وهو نقيض الحل، ويطلق على وجوب الشيء وإبرامه، ومنه عقد النكاح [١٤].

والعقد في الاصطلاح: ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في المحل [١٥].

وهذا التعريف روعي فيه وجود طرفين للعقد وهما: العاقد والمعقود معه، وهما مصدر الإيجاب والقبول .

المسألة الثانية: أهمية الرضا في العقود:

شرع الله العقود لمصلحة المكلفين، تلبية لحاجاتهم وضرورات معاشهم، وتيسيرا لشؤون حياتهم إجمالا، وجعلها قائمة على أساس رضا المتعاقدين وإرادتهم،

ثم رتب عليها آثارا محددة، ولكل عقد آثاره التي تختلف عن آثار غيره .

ولكل عقد غاية اقتضتها حكمة الشارع لوصول الناس إلى مصالحهم، ووضع لها قواعد لتحصيل تلك الغاية، فعقد البيع يقصد منه نقل الملكية، وعقد الإجارة يقصد منه تحصيل المنفعة من العين المؤجرة، وعقد النكاح من مقاصده إباحة الاستمتاع، وهكذا تتجلى مقاصد التشريع الإسلامي في سائر العقود .

ومن أهم قواعد المعاملات التي أقرها الإسلام بناؤها على التراضي التام، في قول الله عز وجل: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[١٦] .

فجعل الرضا أصلاً في العقود وما يترتب عليها من حقوق وواجبات، فالعقود قائمة على الإرادة، وهي تعبير عن الرضـــا في العقود الماليـــة وغير المالية (٥)، وإذا لم يتحقق الرضا من العاقدين أو أحدهما فالعقد لا ينعقد، لعدم توفر ركن العقد وأساسه الذي بني عليه، ولا فرق في ذلك بين انعدام الرضا من أصله – لعدم صدور ما يدل على الإرادة – أو وجد ما ينافيه من الطرف الآخر.

والإسلام إنما شرع العقود بين الناس من أجل أن يحصل النفع العام دون حصول ضرر لأحد منهم، ومن هنا أحل الله البيع وجعل التراضي شرطاً فيه، كما هو مفهوم الآية السابقة، وقول النبي ﷺ في حديث أبي حميد الساعدي ﷺ: (لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه)[١٧]، وقوله في حديث أبي سعيد الخدري ﷺ:(إنما البيع عن تراض)[١٨] .

وهذا يقرر مبدأ احترام المال في الإسلام، وأحد الضرورات التي جاء الإسلام بحفظها وهي: حفظ المال، كما أنه لا بد من تحقق حصول الرضا من العاقدين دون احتمال أو شبهة، وهذا إنما يعرف بالوسائل الدالة على الرضا والاختيار، ومنها سماع النطق بالإرادة سماعاً حقيقياً دون إذعان من أحد، أو وجود ما يدل عليها من القرائن القوية، لأن البيع أخذ وعطاء، ولا بد أن تكون تلك الإرادة

مفهومة المعنى غير محتملة، كل ذلك من أجل الحصول على التعامل المباح الذي لا شبهة فيه .

والرضا والاختيار لفظان متقاربان من حيث المعنى، فهما مترادفان عند الجمهور، فكل منهما يدل على القصد إلى تحقيق أثر في المعقود عليه، وعند فقهاء الحنفية: الرضا أخص من الاختيار بناءً على اختلافهما في المعنى اللغوي، فالرضا يظهر سرور القلب وارتياح النفس بخلاف الاختيار فلا تلحظ فيه هذه المعاني، ويظهر أثر ذلك في العقود المالية، فالاختيار شرط عند الحنفية في الانعقاد، والرضا شرط في الصحة، أما الجمهور فاشترطوا الرضا في جميع العقود وهو بمعنى الاختيار، وضده الإكراه [١٩] .

المسألة الثالثة: مفهوم الإيجاب والقبول:

الإيجاب: إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا من المملك سواء صدر أولاً أو ثانياً، كالبائع في عقد البيع، **والقبول:** ما صدر من (المتملك) سواء صدر أولاً أو ثانياً، كالمشتري في عقد البيع، وذلك: لأن معنى الإيجاب: الإثبات، والمملك هو المثبت تقدم أو تأخر، والمتملك: هو القابل للعقد تقدم أو تأخر، وهذا مذهب الجمهور [٢٠] .

وقيل: **الإيجاب:** ما صدر أولاً سواء من المالك أو من المتملك، **والقبول:** ما صدر ثانياً سواء صدر من المالك أو من المتملك وهو مذهب الحنفية [٢١] .

والذي يظهر – والله أعلم– أن قول الجمهور **هو الراجح**، لأن المملك هو الذي صدر التمليك من جهته، فيعد كلامه إيجابا، والمتملك هو الراغب في انتقال العين إليه، فيعد كلامه قبولا .

وصيغة العقد (وهي الإيجاب والقبول) إما أن تكون صريحة وهي الأكثر استعمالاً، لدلالتها على إنشاء العقد دلالة واضحة، كصيغة البيع والتزويج، فلا تحتملان غير المراد منهما، وللسامع دور كبير في تحديد صراحة الصيغة، يقول

الكاساني: (الصريح اسم لما هو ظاهر المعنى مكشوف المراد عند السامع)[٢٢]، واللفظ الصريح لا يحتمل غير معناه عند الإطلاق، إلا ما دل العرف على خلافه، لأن العرف له تأثير على مدلول اللفظ عند السامع، فالعقود لها ارتباط وثيق بالعرف، والأصل في اللفظ الصريح أنه لا يحتاج إلى نية، لأن اللفظ موضوع له فيكتفى بالقصد، بخلاف لفظ الكناية فيشترط فيه قصد اللفظ ونية الإيقاع[٢٣]، هذا إذا انعقد العقد بالصيغة اللفظية من القادر عليها .

أما إذا انعقد العقد بغيرها كالصيغة الفعلية (**المعاطاة**)[٢٤] فهذه الحالة داخلة في موضوع البحث لوجود ما يدل علي اللفظ .

أما إذا لم توجد الصيغة اللفظية لكون العاقد غير ناطق أصلاً كالأخرس وانعقد العقد بالإشارة المفهومة أو الكتابة، فالسماع غير متحقق أصلاً لعدم وجود سببه وهو اللفظ، والحكم في هذه المسألة خارج عن موضوع البحث .

وبهذا يعلم أن المراد باشتراط السماع عند الفقهاء هو ممن يقدر عليه بأصل الخلقة .

المسألة الرابعة: الحالات الممكنة لعدم سما ع الإيجاب والقبول:

لما كان السماع أصلا في الحكم على العقود بالصحة أو البطلان وشرطاً في التعاقد بالصيغة اللفظية، فإنه يمكن تصور عدم السماع في الحالات التالية:

١. أن يصدر الإيجاب بالصيغة اللفظية من الموجب للعقد، ولكن لا يسمع الموجب قبول الطرف الثاني، ولا من يكون قريباً من مجلس العقد لعلة في السماع، إما لبعد المسافة بينهما، أو لضعف السمع من أحدهما .
٢. أن يكون عدم السماع ناتجاً عن عدم صدور القبول من الطرف الثاني مطلقاً قولاً أو فعلاً. وفي هذه الحال لا ينعقد العقد، لأن الإيجاب لم يصادف قبولاً، وهذه إحدى الحالات التي يبطل فيها الإيجاب .
٣. أن يصدر الإيجاب من الطرف الأول قولاً، ويكون القبول من الطرف الثاني

فعلاً أو العكس. فيفقد أحدهما السماع من الآخر. لكن وجد الفعل الذي مقامه .

٤. أن يتحقق سماع الجزء ولا يتحقق سماع الجزء الآخر، وهذا وجوده كعدمه،لأن السماع دليل الرضا، والرضا أمر معنوي لا يتجزأ .

٥. ومن حالات عدم السماع: التعاقد بالإشارة من غير الأخرس وهذه المسألة محل خلاف عند الفقهاء، فلهم فيها قولان:

القول الأول: أن عقد القادر على النطق بالإشارة غير صحيح، وهو مذهب (الحنفية والشافعية والحنابلة)[٢٥] .

واستدلوا: بأن الأصل في التعاقد هو اللفظ، وإنما صح التعاقد بالإشارة المفهومة من الأخرس للضرورة لعدم قدرته على النطق .

ونوقش هذا التعليل: بعدم التسليم بالضرورة هنا، لأن الإشارة المفهومة تقوم مقام اللفظ لدلالتها على الرضا، وهذا هو الموافق لقواعد الشريعة وأصولها .

القول الثاني: صحة التعاقد بالإشارة المفهومة مطلقاً – من القادر على النطق أو من غيره – وهو مذهب المالكية، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم[٢٦] .

واستدلوا: بأن الأصل في صحة العقود تمام الرضا، والإشارة المفهومة تدل عليه، وقد سمى الله الإشارة كلاماً في قوله تعالى: (آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا)[٢٧] .

ويترجح من القولين: القول الثاني، وهو: صحة التعاقد من غير الأخرس بالإشارة المفهومة، لأن المعاني معتبرة في العقود دون الألفاظ، فالعقد يصح بكل ما يدل على الرضا قولا أو فعلاً أو كتابة أو إشارة مفهومة، ومتى اتضح المراد بأي طريق كان العمل بمقتضاه، ومن ذلك الإشارة . فتقوم الإشارة المرئية مقام السماع وينعقد العقد .

ويستثنى من ذلك ما يحتاج إلى تحفظ واحتياط كعقد النكاح، فلا تقبل الإشارة فيه من القادر على النطق كما سيأتي .

٦. ومن حالات عدم السماع: التعاقد بالكتابة بشروطها بين الغائبين عن مجلس

العقد، وصحة هذا التعاقد محل اتفاق عند الفقهاء[٢٨].

جاء في الهداية:(والكتاب كالخطاب)[٢٩]. ما عدا وجه عند الشافعية، قالوا فيه بعدم صحة التعاقد بالكتابة، لتأخر القبول عن الإيجاب فلا يحصل اتصال بينهما[٣٠].

وهذا تعليل ضعيف، لأن القبول متصل بالإيجاب حكماً، كما لو طال خيار مجلس العقد، أو مدة خيار الشرط، وصحة التعاقد بالكتابة بين الغائبين كحال الحاضرين في المجلس لدلالة الكتابة على الرضا، ودلالتها على الرضا أقوى من دلالة الصيغة الفعلية، لأنها تعبير خطي عن الإرادة، بل هي بين الغائبين أولى لعدم توفر السماع الحقيقي، ومتى بلغت الكتابة كلاً من العاقدين تحقق السماع حكماً .

وما قيل في الإشارة يقال في الكتابة بالنسبة لعقد النكاح، من حيث الاحتياط وعدم صحة العقد من الحاضرين بغير اللفظ، أما من الغائبين فيصح التعاقد بالكتابة إذا عرف الكاتب وتحقق منه، وانتفى الاحتمال في حالات خاصة عند تعذر الحضور، وترتبت المصلحة الراجحة من عقد النكاح خوفاً من وقوع المفسدة، كما سيأتي بيانه في المبحث الثاني .

وقد يوجد السماع ولكن دون فهم المراد، وهذا وجوده كعدمه، لأن من شروط الصيغة في العقود أن تكون مفهومة للعاقدين، فالعلم بالمراد هو أساس اتصال الإرادتين، وعدم السماع لا يحقق هذا النوع من الاتصال مما يورث خللاً في تحقق الرضا بالعقد .

والذي يظهر – والله أعلم- أن العلة في اشتراط سماع العاقدين الصيغة: أن الإيجاب والقبول وضعا للتعبير عن الإرادة بإنشاء العقد، وعلى هذا إذا لم يسمع الموجب قبول الطرف الثاني قولاً ولم ير أي دلالة على رضاه قد يفكر في سلب إيجابه والإعراض عن العقد، فإذا حكم بانعقاد العقد في هذه الحالة مع عدم علمه بقبول الطرف الثاني فقد يؤدي إلى النزاع، فسداً للذريعة يشترط سماع أحد العاقدين

للآخر [٣١]. وسيأتي تفصيل هذه المسألة في المبحث الأول .

المبحث الأول
السماع في عقود المعاملات

وهي: كل عقد تم إنشاؤه بين طرفين، سواء أكان من عقود المعاوضات المالية: كالبيع وما في حكمه، أم من عقود التبرعات: كعقد الهبة والعارية والقرض، أم من عقود التوثيق: كعقد الكفالة والرهن [٣٢].

المطلب الأول
سماع الإيجاب والقبول في مجلس العقد:

تقدم أن الإيجاب هو ما صدر من المملك تقدم أو تأخر والقبول ما صدر من المتملك تقدم أو تأخر، كما هو مذهب الجمهور .

ولسماع الإيجاب والقبول من العاقدين ثلاث حالات:

الحال الأولى: إذا صدر القبول والإيجاب منهما لفظاً، وقد اشترط الفقهاء لصحة صيغة العقد- في هذه الحالة - سماع القابل لفظ الموجب وسماع الموجب لفظ القابل، وحكى بعضهم الإجماع على ذلك كما جاء في الفتاوى الهندية (ومنها: سماع المتعاقدين كلامهما، وهو شرط انعقـاد البيع بالإجماع) [٣٣] وفي هذا نظر كما سيأتي .

وبالنظر إلى نصوص المذهب الحنفي يتبين اشتراط الحنفية السماع في الإيجاب والقبول ونظرية الإعلان عن الإرادة، كما يتضح أنهم يعتبرون مجلس علم القابل بالإيجاب هو المجلس الذي يتم فيه العقد [٣٤].

واشتراط الحنفية سماع كل من العاقدين عبارة الآخر يكون إما حقيقة أو حكماً، فيقوم الكتاب مقام السماع في حال غيبتهما، فالكتاب كالخطاب. فالسماع شرط في الإيجاب والقبول إذا كانا باللفظ، أما بغير اللفظ فلا يشترط تحقق السماع عند الجميع، فالعقد في الفقه ينشأ بمجرد إعلان إرادة القبول، ومن شرط السماع

يريد به ظهور الكلام بحيث يمكن سماعه، كما لو تعاقد سامع وأصم، صح العقد لظهور الكلام منهما.، وعلى هذا فالسماع الذي اشترطه فقهاء الحنفية إنما هو في التعاقد بالكلام. لأن الحنفية يجيزون التعاقد بالإشارة بالنسبة للأخرس، مع أنه ليس فيهما سماع [(٣٥)] .

وقال الباجي من فقهاء المالكية (وكل لفظ أو إشارة فهم منه الإيجاب والقبول لزم بها البيع وسائر العقود) [(٣٦)]، ولهذا منع المالكية التعامل مع الأخرس لعدم السماع [(٣٧)]

وبالنظر إلى كلام الفقهاء في المسألة يتبين عدم الإجماع على اشتراط السماع في العقود، فلهم في حكم سماع الإيجاب والقبول من العاقدين ثلاثة أقوال:

القول الأول:

يشترط لصحة العقد باللفظ سماع القبول والإيجاب من العاقدين كل منهما يسمع كلام الآخر، وهو **قول جمهور فقهاء الحنفية**، وقول المالكية، حيث اشترطوا لصحة الإيجاب والقبول أن يسمع كل من العاقدين لفظ الآخر أو يسمعه من يكون قريباً من مجلس العقد [(٣٨)] .

واستدلوا على ذلك: بأن اللفظ من الأصوات المسموعة المدركة بالسمع، لا بمحض التعقل، ومنهم من علل: بأن الانعقاد هو ارتباط أحد الكلامين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقداً شرعياً،، وذلك بوقوع الثاني جواباً معتبراً محققاً لغرض الكلام السابق، وسماع كل من العاقدين كلام صاحبه [(٣٩)] .

ومنهم من علل: بأن أساس البيع رضا العاقدين ويظهر ذلك بصدور الإيجاب والقبول، لذا يشترط سماع العاقدين له [(٤٠)]، وبدون السماع لا يحصل بينهما ارتباط .

واستدلوا كذلك بالقياس على اليمين: فلو حلف ألا يكلم فلاناً فناداه بكلام غير مسموع لا يحنث في يمينه [(٤١)] .

القول الثاني:

لا يشترط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر، وإنما يكتفى بسماع من بقربه بمجلس العقد، وهو قول الشافعية [٤٢]، جاء في شرح البهجة للأنصاري (وأن يتكلم العاقد بحيث يسمعه من بقربه، وإن لم يسمعه صاحبه كما لو حلف ألا يكلمه) [٤٣].

واستدلوا على ذلك بالقياس على اليمين، فلو حلف ألا يكلم فلاناً فكلمه بصوت يسمعه عادة من كان في المجلس فقد حنث في يمينه ولو لم يسمعه من وجه إليه الكلام .

واعترض عليه: بأن القياس على اليمين قياس مع الفارق، فلا يصح قياس المعاملات على العبادات، فالمعاملات يدخلها الاجتهاد أما العبادات فهي توقيفية، وهي مناجاة بين العبد وربه الذي يعلم السر واخفى، وفي هذا المعنى يقول الكاساني: (إن القراءة في الصلاة أمر بين العبد وربه فلا يعتبر فيه عرف الناس، أما الصيغ التصرفية فهي وسائل للتعامل مع العباد الذين لا يطلعون إلا على ما يظهر لهم) [٤٤].

القول الثالث:

لا يشترط سماع أحد العاقدين للآخر، وإنما يكفي إسماع نفسه، وهو قول لبعض فقهاء الحنفية [٤٥].

واستدلوا على ذلك بالقياس على القراءة في الصلاة، فمتى قرأ المصلي في صلاته قراءة يسمع بها نفسه أجزأته، لأن أدنى الجهر إسماع الإنسان نفسه، وهو النطق الحاصل بتحريك الشفتين، وقد وجد منه سواءً سمعه غيره أم لا .

واعترض على هذا الدليل: بأن ذلك غير مطرد في كل ما يشترط فيه النطق، فمنه ما لا يشترط فيه رضا الآخر كالطلاق والرجعة، فلا يصح القياس .

الترجيح:

يترجح – والله اعلم – القول باشتراط سماع أحد العاقدين للآخر لصحة

العقد، فحديث النفس لا يسمى كلاما،لكونه غير مسموع، فأشبه الساكت، والساكت لا ينسب له قول،ومتى كان الكلام غير مسموع لا يوجد ارتباط بين الإيجاب والقبول، وعليه لا يتحقق وجود الرضا، والسماع ليس مقصوداً لذاته، وإنما هو وسيلة لتحقق الرضا من العاقدين .

الحال الثانية: أن يصدر الإيجاب من الطرف الأول ولا يصدر القبول من الطرف الثاني قولاً كان أو فعلاً. ففي هذه الحالة لا ينعقد العقد، ولا خلاف في هذا بين الفقهاء لأن العقد في هذه الحالة فقد أحد ركنيه، والإيجاب إذا لم يصادف قبولاً يسقط، فلا ينعقد العقد [(٤٦)] .

الحال الثالثة: أن يصدر الإيجاب من الطرف الأول ولا يصدر القبول من الطرف الثاني قولاً، ولكن يصدر منه تصرف يدل على رضاه بالعقد، كمن قال لآخر بعتك هذه الساعة بألف ريال، فسمع الثاني الإيجاب وسكت، إلا أنه أخرج المبلغ المطلوب ودفعه للأول وأخذ الساعة، ففي هذه الحالة يسمى عقداً بالمعطاة من طرف واحد .

ونظراً لتحقق سماع الإيجاب وعدم سماع القبول اختلف العلماء في حكم صحة هذا العقد على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

ينعقد العقد بالمعطاة مطلقاً، سواء في الأشياء النفيسة أو الخسيسة، وتقوم المعاطاة مقام سماع القبول، فهي بدل عنه، وبه قال جمهور فقهاء الحنفية [(٤٧)] ، والمالكية [(٤٨)] ، والنووي والبغوي من الشافعية [(٤٩)] ، والصحيح من مذهب الحنابلة [(٥٠)] ، قال المرداوي: (الصحيح من المذهب صحة بيع المعاطاة مطلقاً، وعليه جماهير الأصحاب وهو المعمول به في المذهب) [(٥١)] .

وأدلتهم ما يأتي:

الأول: أن الله تعالى أحل البيع في قوله: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ [(٥٢)] ، ولم يبين كيفيته، فوجب الرجوع إلى العرف، كما رجع إليه في القبض والإحراز والتفرق،

والمسلمون في أسواقهم يبيعون ويشترون على ذلك أي (المعاطاة) وكان البيع موجوداً عند العرب قبل الإسلام بالمعاطاة وبغيرها، وجاء الشارع فعلق عليه أحكاماً وأبقاه على ما كان، فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكم [(٥٣)].

الثاني: لم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الإيجاب والقبول في كل عقد، ولو استعملوا ذلك في عقودهم لنقل نقلاً شائعاً، ولو قلنا إنهم فعلوا ذلك وكان شرطاً لوجــب نقله ولم يتصور إهماله منهم والغفلة عن نقله [(٥٤)].

الثالث: أن البيع مما تعم به البلوى، فهو يقع من الصغير والكبير، من الرجل ومن المرأة في كل زمان ومكان، فلو اشترط له الإيجاب والقبول بالقول لبينه النبي ﷺ بيانا عاماً ولم يخف حكمه، لأن خفاءه يفضي إلى وقوع العقود الفاسدة وأكل أموال الناس بالباطل، ولم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أحد من أصحابه، ذلك، ولم ينقل إنكاره عن أحد فكان ذلك إجماعا، [(٥٥)].

الرابع: أن اشتراط الصيغ اللفظية في العقود يوقع في الحرج والمشقة،والمعاملات مبناها على التيسير على الناس، لأن الإيجاب والقبول إنما يراد للدلالة على التراضي، فإذا وجد ما يدل على التراضي كالتعاطي قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه [(٥٦)].

الخامس: إن البيع في اللغة والشرع اسم للمبادلة، وهي مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب، وحقيقة المبادلة التعاطي وهو الأخذ والإعطاء، وإنما لفظ البيع والشراء دليل عليهما، قال تعالى: ﴿ .. إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ [(٥٧)]، والتجارة عبارة عن جعل الشيء للغير ببدل وهو تفسير التعاطي، وإذا ثبت أن حقيقة المبادلة بالتعاطي هو الأخذ والإعطاء فهذا يوجد في الأشياء الخسيسة والنفيسة جميعاً، فكان التعاطي في كل ذلك بيعاً جائزاً [(٥٨)].

ولم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أحد من أصحابه استعمال لفظ الإيجاب

والقبول في الهبة والهدية والصدقة والوصية، مما يدل على صحة التعاقد بكل ما دل على الرضا، والاستلام والتسليم أقوى قرينة على الرضا .

القول الثاني:

لا ينعقد العقد بالمعاطاة ولا يصح، ولابد من سماع القبول من الطرف الآخر، **وبه قال جمهور الشافعية على المشهور** [٥٩]، وبعض الحنابلة [٦٠].

واستدلوا لما ذهبوا إليه بما يأتي:

١- أن اسم البيع الوارد في الآية السابقة لا يقع على المعاطاة [٦١]، فليس مجرد تسليم وإنما إيجاب وقبول .

ونوقش هذا الدليل: لا يسلم أن البيع لا يقع على المعاطاة، لأن البيع هو مبادلة مال بمال، شيء مرغوب بشيء مرغوب، وهذا يوجد في المعاطاة، والشرط هو دلالة الرضا، وهو متحقق بالفعل كالقول .

٢- أن الأصل في العقود هو التراضي المذكور في قوله تعالى: ﴿ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ [٦٢]، والمعاني في النفس لا تنضبط إلا بالألفاظ التي تدل على ما في القلب، إذ الأفعال من المعاطاة ونحوها تحتمل وجوها كثيرة [٦٣].

ونوقش هذا الدليل: بأن الأفعال وإن كانت تحتمل وجوهاً كثيرة لا يمنع ذلك التعاقد بفعل المعاطاة التي تقترن بالدلائل على إرادة المتعاقدين بالبيوع ورضاهما بالعقد .

٣- أن المعاطاة في معنى ما نهي عنه من البيوع: كالمنابذة والملامسة وبيع الحصاة، بجامع أنها بغير لفظ .

ونوقش هذا الدليل: بعدم التسليم بالقياس لوجود الفارق في المعنى والحكم، فالبيوع المنهي عنها فيها جهالة وغرر، وقد قام الدليل على تحريمها، بخلاف البيع بالمعاطاة فقد دل تعامل الناس بها زمن الرسول ﷺ على جوازها، وكذا في عصر الصحابة والتابعين دون إنكار من أحد [٦٤].

القول الثالث: ينعقد البيع بالمعاطاة فيما يعد بيعاً وتجري عادة الناس عليه، وهو في الأشياء الخسيسة، ولا يصح البيع بالمعاطاة في الأشياء النفيسة، ونسب الإمام النووي [٦٥]، وشيخ الإسلام [٦٦] هذا القول إلى الإمام أبي حنيفة وأخذ به بعض الحنفية [٦٧] والشافعية [٦٨]، وهو قول عند الحنابلة [٦٩]، واختلفوا في تحديد الحقير والنفيس، وأرجعه الإمام النووي إلى العرف [٧٠].

وأدلتهم ما يأتي:

١. أن الله تعالى أحل البيع، ولم يثبت في الشرع لفظاً له، فوجب الرجوع إلى العرف فما عده الناس بيعاً كان بيعاً كما في القبض والحرز وإحياء الموات وغير ذلك [٧١]، والفعل يقوم مقام القول المسموع لدلالته عليه عرفا في الأشياء الحقيرة دون النفيسة، كما هي الحال في بيع الخباز والقصاب والبقال .

ونوقش هذا الدليل: بأن العرف لو دل على صحة المعاطاة في الأشياء النفيسة هل تقولون به ؟، فإن قلتم لا فهذا تحكم، وإن قلتم نعم، بطل التفريق بين الحقير والنفيس . ثم إن التفريق بين الحقير والنفيس لا ينضبط، حيث تختلف الأنظار في تحديده من زمن لأخر .

٢. أن المعاطاة في الأموال الجليلة لا حاجة إليها ولم يجر بها العادة [٧٢].

ونوقش: بأن الحاجة إذا كانت ماسة بالبيع بالمعاطاة في الأشياء الحقيرة لا يدل على عدم صحتها في الأشياء الجليلة، وعدم جريان العادة ليس حجة مع قيام الدليل . وهو ما جرى عليه العمل في العصور المتقدمة، حيث وجدت صور من البيوع لم يصدر فيها لفظ بالقبول والإيجاب لقيام الفعل مقام اللفظ في الدلالة على الرضا .

٣. أن الشارع احتاط كثيراً في العقود التي فيها خطورة، حيث اشترط فيها اللفظ في انعقادها كالنكاح فلم يصح فيه المعاطاة، فقياساً على النكاح يشترط في انعقاد البيع في الأموال الجليلة الإيجاب والقبول قـولاً، وإن لم يتعين في البيع لفظ

معين [٧٣] .

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق، فلم يقل أحد بجواز عقد النكاح بالمعاطاة، وليس بين النكاح والبيع تماثل من كل وجه حتى يقال بالقياس .

الترجيح:

بعد النظر في أدلة كل من أصحاب الأقوال الثلاثة يتبين رجحان القول الأول القائل بصحة البيع بالمعاطاة مطلقاً ولو لم يسمع الموجب القبول من الطرف الأخر، ما دام وجد ما يدل عليه، وذلك لما يأتي:

- قوة أدلة هذا القول وضعف أدلة القولين - الثاني والثالث - حيث لم تسلم من المناقشة والنقد .
- أن اللفظ لا يقصد بذاته، فالعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني،ومتى دلت القرائن على المعنى المراد أخذ بها أيا كان نوعــها (فعل أو إشارة أو كتابة) والمعاطاة تدل عرفاً على الرضا .

مســألة:

كما جرى الخلاف في حكم المعاطاة في البيوع جرى الخلاف كذلك في غيرها من العقود المالية من الرهن والإجارة والشركة والمضاربة والكفالة وأمثالها. قال الإمام النووي: " الخلاف المذكور في المعاطاة في البيع يجري في الإجارة والرهن والهبة ونحوها " [٧٤] .

وعلى هذا يمكن أن يقال: إن من ذهب إلى عدم انعقاد البيع بالمعاطاة قال كذلك بعدم انعقاد باقي العقود بالمعاطاة، ومن قال بانعقاد البيع بالمعاطاة لكون الناس يفعلون ذلك عادة قال بانعقاد باقي العقود المالية، ومن فرق بين الأموال الجليلة وبين الأموال الخسيسة في البيع فرق كذلك في باقي العقــود كالهبة والإجارة" [٧٥] .

المطلب الثاني

سماع العيوب في العقد وأثره على الفسخ[*]

الأصل في العقود السلامة من العيوب، ومتى وجد العيب وجب على البائع إعلام المشتري بالعيب الذي في المبيع وحرم عليه كتمانه، ولا خلاف بين العلماء في هذا وقد ذكر الإمام السبكي في تكملة المجموع اتفاق العلماء على ذلك[٧٦] .

وقد تواترت أحاديث كثيرة دلت على وجوب بيان العيب على البائع، منها:

أ. قول النبي ﷺ في حديث حكيم بن حزام ﷺ: (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فإن صدقا وبينا بورك لهما، فإن كذبا وكتما محق بركة بيعهما)[٧٧] ، فالكذب والكتمان يسببان محق بركة البيع، فدل على أنهما محرمان، ودل على وجوب الصدق وبيان العيب. ولا يوصف بالبيان إلا إذا سمع الطرف الأخر حقيقة العيب، لأن السماع وسيلة العلم بالشيء .

ب. قول النبي ﷺ في حديث أبي هريرة ﷺ: (المسلم أخو المسلم لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً إلا بينه له)[٧٨].

ج. قول الرسول ﷺ في حديث واثلة بن الأسقع ﷺ[٧٩] : (من باع عيباً لم يبينه لم يزل في مقت الله ولم تزل الملائكة تلعنه)[٨٠] .

فهذا الرسول ﷺ بين أن عدم بيان العيب يوقع المرء في مقت الله ولعنة الملائكة، فدل على أن كتمان العيب حرام.

د. قوله ﷺ: في حديث أبي هريرة ﷺ (من غشنا فليس منا)[٨١] .

وجه الدلالة من الحديث: أن عدم البيان يوهم سلامة المبيع، إذ مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع، فإذا وجد العيب ولم يبينه من قبل فهو في معنى الغش المنهي عنه، ويؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل .

ويقاس على وجوب بيان العيب على البائع وجوب بيان عيب الثمن على المشتري، لاستواء العلة، وهي أن كتمان المشتري عيب الثمن يعتبر غشاً أيضاً، إذ

مطلق البيع كما يقتضي سلامة المبيع يقتضي سلامة الثمن.

كما يمكن أن يستدل على تحريم كتمان المشتري عيب الثمن، بقول الرسول ﷺ في الحديث المتقدم: (فإن كذبا وكتما محق بركة بيعهما)، أي فإن كذب البائع والمشتري وكتما عيب المبيع أو الثمن محق بركة بيعهما، فهذا دليل على تحريم الغش على البائع وعلى المشتري .

وإذا تبين حكم بيان العيب في السلعة والثمن وهو الوجوب، فإن طريق البيان هو اللفظ، ثم السماع، ويتفرع عن ذلك حالتان:

الحالة الأولى: أن يوجد اللفظ من أحد العاقدين ويوجد السماع من الطرف الأخر، وفي هذه الحالة تقوم الحجة على من أراد منهما الرد بالعيب، فقبول الطرف الآخر بالعقد بعد سماع العيب والرضا به يجعل العقد ملزما، والعقد اللازم لا يحتمل الفسخ إلا برضا العاقدين، ووجوب بيان العيب لا يقتصر على العاقدين، بل يشمل من علم بالعيب من غيرهما، وذلك في حالة ما إذا علم أن المشتري لم يعلم العيب وعلم أن البائع لم يخبره به، فإن ذلك من باب التعاون على البر والتقوى [(٨٢)] ، فالمقصود دفع الظلم الناشئ عن غش المسلم الممنوع شرعا، ومن هنا شرع الخيار في العقود من أجل التروي والتأكد من سلامة السلعة من العيوب [(٨٣)] .

وفي هذه الحالة يكون للسماع أثر في لزوم العقد أو فسخه، حيث تم بأركانه وشروطه. ويبقى الخيار للمعقود معه، فإن قبله بعيبه لا تقبل منه دعوى الرد إلا برضا الطرف الآخر إن رغب في إقالته من العقد أو إجراء الصلح معه، جاء في مراتب الإجماع: " واتفقوا أنه إذا بين له البائع بعيب فيه، وحد مقداره ووقفه عليه إن كان في جسم المبيع فرضي بذلك أنه قد لزمه، ولا رد له بذلك العيب " [(٨٤)].

ويمكن أن يستدل لهذه المسألة بما روى أبو السباع [(٨٥)] عن واثلة بن الأسقع، قال: إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: (لا يحل لأحد يبيع شيئاً إلا بين ما فيه ولا يحل لمن يعلم ذلك إلا بينه) [(٨٦)] .

ووجه الاستدلال من الحديث: أن الرسول ﷺ أمر من علم العيب أن يخبر المشتري به، وذلك ليتمكن من الإحجام عن الشراء أو ليتمكن من فسخ العقد إذا ما تم الشراء، وإلا فلا معنى لوجوب الإعلام، والإعلام إنما يحصل بالسماع .

والأصل أن للمشتري حق الفسخ، وطريق الفسخ يختلف إذا كان البائع راضياً ومعترفاً عما إذا كان منكراً بما نقله المشتري عن من أخبره بالعيب .

والعيب حسب الظهور والخفاء ثلاثة أنواع:(٨٧)

١. عيب مشاهد بعين مجردة يمكن إدراك المشتري به بسهولة.

٢. عيب باطن خفي لا يمكن إدراكه إلا بالسماع ممن يعرفه .

٣. عيب يحتاج في معرفته إلى امتحان وتجربة من أهل الخبرة .

فمن هذه العيوب ما يتمكن المشتري من الاطلاع عليه بنفسه، لكونه مشاهدا بسهولة، ومنها ما لا يتمكن من الاطلاع عليه لعدم معرفته وخبرته به،فيحتاج إلى سماعه .

فإذا كان البائع راضياً بالفسخ معترفاً بوجود العيب فيرد المبيع إلى البائع ويرد الثمن إلى المشتري، وأما إذا كان منكراً بوجود العيب فلا يحق للمشتري فسخ العقد إلا إذا أثبت وجود العيب بالبينة، وعمدة هذه المسألة ما يأتي:

أولاً: القاعدة الفقهية: " أن الأصل في الصفات العارضة العدم" (٨٨)، فمن فروع القاعدة" الأصل أن العيب في المبيع معدوم، لأنه من الصفات العارضة، إذ الأصل في المبيع السلامة، فإثبات العيب يحتاج إلى بينة .

ثانياً: القاعدة الفقهية أيضاً التي تقرر أن: " البينة على المدعي واليمين على من أنكر" (٨٩)، لقول النبي ﷺ في حديث ابن عباس – رضي الله عنهما –: (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر) (٩٠)، والمشتري في هذه الحالة ادعى العيب والبائع أنكر فعلى المشتري إحضار البينة على وجوده وعلى أنه حدث عند البائع لا عنده .

الحالة الثانية: أن يصدر بيان العيب من العاقد باللفظ الصريح غير المحتمل، ثم يدعي المعقود معه عدم علمه بالعيب، ولو سمعه لعلم به، وهذه إحدى صور اختلاف المتعاقدين، فمن يقبل قوله في هذه المسألة ؟.

ذكر الماوردي: أن البائع إذا ادعى على المشتري علمه بالعيب وأنكر المشتري ذلك لعدم سماعه من البائع أن القول قول المشتري، لأن الأصل عدم العيب، وللمشتري الخيار في إمضاء العقد أو فسخه [٩١].

ولا خلاف بين الفقهاء في مشروعية خيار العيب، وهو حق المشتري في فسخ العقد متى وجد العيب في المبيع ولم يعلم به أثناء العقد ولم يشترط البراءة من العيب وحدث العيب عند البائع [٩٢].

ولأن السكوت عن العيب الحادث سواء بآفة سماوية أو بفعل البائع لا يخلو من:

١- شبهة الخيانة، وهي غش في البيع، وقد تقدم أثر كتمان العيب في حديث (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ٠٠٠٠٠) .

٢-ولأن البائع بكتمانه العيب كأنما احتبس جزءاً من المبيع مما يقابله الثمن ولا يجوز له ذلك من غير بيان العيب وعلم المشتري به .

٣-ولأن المشتري لو علم بحدوث العيب عنده لما أعطاه كل الثمن الأول، وربما زائداً عليه، وتكون الزيادة في مقابل العيب .

ويرى شيخ الإسلام ابن تيمية – رحمه الله – أن المشتري إذا طلب الفسخ بسبب عيب لم يسمعه، ولم يقدم البائع بينة على علم المشتري بالعيب، فيحلف البائع بعدم علمه بالعيب، فإن حلف ردت دعوى المشتري، لاحتمال أن العيب حدث عنده، وإن لم يحلف فالمشتري بالخيار بين إمساك المبيع وأرش العيب [٩٣] أو الرد وأخذ الثمن [٩٤]، وهذا بناء على القاعدة عند الحنابلة في اشتراط البراءة من العيوب، وأنه لا يبرأ بهذا الشرط. قال ابن قدامة (وإن باع حيواناً أو غيره بالبراءة من كل عيب لم يبرأ،سواء علم به البائع أو لم يعلم) [٩٥]. وفي حكم اشتراط البائع البراءة من

العيب خلاف عند الفقهاء يرجع إليه في مظانه [٩٦].

ولبيان الحكم في مسألة دعوى عدم سماع السلامة من العيب إذا تلفظ به العاقد ولم يسمعه المعقود معه ثم ادعى وجود تلف في العين المعقود عليها، أذكر أنموذجا من العقود كعقد الإجارة مثلاً، إذا اختلف العاقدان في تلف العين المؤجرة بسبب عدم سماع العيب.

صورة المسألة:

أبرم عقد إجارة بين المؤجر والمستأجر، واشترط المؤجر البراءة من العيوب بعد استلام المستأجر للعين المؤجرة، ثم بعد مدة وجد عيب في العين المؤجرة واختلف العاقدان، حيث ادعى المؤجر أن التلف بسبب المستأجر، لأنه سلمه العين سليمة من العيوب وأخبره بذلك، وأنكر المستأجر ذلك وأنه لم يسمع قوله، وأن العيب موجود قبل العقد .

للفقهاء في هذه المسألة قولان:

القول الأول: أن القول قول المستأجر مع يمينه، ولا يضمن العيب، وهو قول المالكية، ورواية عند الحنابلة [٩٧]، وعللوا ذلك: بان المستأجر أمين فيقبل قوله في دعوى عدم سماع العيب .

القول الثاني: أن القول قول المؤجر، وهو قول الشافعية ورواية عند الحنابلة [٩٨]، وعللوا ذلك بأن الأصل البراءة من العيب، ولا تقبل دعوى العيب إلا ببينة، ودعوى أن العيب سابق العقد خلاف الأصل .

والذي يترجح من القولين: القول الأول، لأن يد المستأجر يد أمانة فيعتبر قوله، وكون الأصل البراءة من العيوب لا يمنع حدوث العيب أو كتمانه [٩٩].

وسماع العيب أو عدم سماعه كما يجري في البيع والإجارة يجري كذلك في عقود المعاوضة المالية الأخرى، ولا خلاف في هذا بين العلماء، قال صاحب بداية المجتهد: (أما العقود التي يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف، فهي العقود التي

المقصود منها المعاوضة، كما أن العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف أيضاً في أنه لا تأثير للعيب فيها) [١٠٠].

وعلى هذا يثبت خيار العيب في الصلح والمزارعة والمساقاة والقسمة، فمن وجد في المعقود عليه عيباً أو أخبره أحد بوجوده فله فسخ العقد، إلا أنه يجب عليه إحضار البينة متى أنكر الطرف الثاني، للقاعدة: " أن الأصل في الصفات العارضة العدم " [١٠١].

فطالما أن العيب صفة عارضة فالأصل سلامة المعقود عليه، فمن ادعى خلافه فعليه البينة، لقوله ﷺ في الحديث المتقدم: (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر) [١٠٢].

مسـألة:

ومن الآثار المترتبة على سماع فسخ العقد بعد العلم بالعيب عن طريق السماع، إنشاء عقد جديد بعده، وهذا يتوقف على نوع العـقد من حيث اللزوم وعدمه .

فإن كان العقد الأول الذي تم عقده لازما خالياً من الخيارات،لا يجوز في هذه الحالة لأحد العاقدين أن يعقد عقداً جديداً بمجرد سماع فسخ العقد من الطرف الثاني، لأنه متى تم العقد أوجب الشارع على كل من العاقدين تنفيذ ما اشتمل عليه العقد، ولا يستطيع أن يتخلى عن التزامات العقد، إلا إذا طلب الإقالة من الطرف الثاني ووافقه عليها، وسماع فسخ العقد ليس طلباً للإقالة [١٠٣].

وإن كان العقد الأول عقدا غير لازم لكونه يحمل صفة عدم اللزوم، أو لوجود الخيارات، فينظر في هذه الحالة إلى طريق السماع، فإن كان سماع الفسخ مصدره من وكيل الطرف الثاني أو رسوله، يجوز في هذه الحالة أن يعقد الطرف الأول عقداً جديداً، لأنه كما تجوز الوكالة في العقود تجوز كذلك الوكالة في فسخ العقد [١٠٤].

وإن كان سماع فسخ العقد من طريق المخبر الفضولي [١٠٥]، فقد اختلف العلماء في جواز إنشاء عقد جديد على قولين:

القول الأول: يشترط لنفاذ الفسخ علم أحد العاقدين بفسخ الآخر للعقد، فلا ينفذ الفسخ ويكون موقوفاً حتى يعلم الطرف الثاني بالفسخ، وبه قال الإمام أبو حنيفة رحمه الله وأصحابه [١٠٦].

وعمدتهم في هذه المسألة: أن الفسخ تصرف في حق الغير، لأن العقد تعلق به حق كل واحد من العاقدين، فلم يملك أحدهما فسخه بغير علم صاحبه، لما في ذلك من الضرر.

فإن كان الخيار للبائع فربما يتصرف المشتري بالمبيع اعتماداً منه على نفاذ البيع، فتلزمه غرامة قيمة المبيع، وقد تكون القيمة أكثر من الثمن، وفي هذا ضرر عليه، وإن كان الخيار للمشتري فربما لا يطلب البائع لسلعته مشترياً آخر اعتماداً على تمام البيع، وهذا ضرر أيضاً [١٠٧].

وتخريجاً على هذا القول فإنه لا يجوز لأحد العاقدين أن يعقد عقداً جديداً اعتماداً على سماع فسخ الآخر للعقد إذا كان المخبر ليس وكيلاً للطرف الثاني، لأنه قد يكون الخبر غير صحيح فيتضرر صاحبه.

القول الثاني: لا يشترط لصحة نفاذ الفسخ سماع أحد العاقدين، بفسخ الآخر للعقد، **وعليه:** يجوز إنشاء عقد جديد إذا تم الفسخ ولو لم يتحقق السماع، وبه قال جمهور العلماء من المالكية [١٠٨] والشافعية [١٠٩] والحنابلة [١١٠].

وعمدتهم في هذه المسألة: أن الرضا بالخيار إذن له في الفسخ متى شاء، ولا يحتاج إلى إعلامه عند الفسخ [١١١].

ولأن الفسخ رفع للعقد ولا يفتقر إلى رضا صاحبه، فلا يفتقر إلى حضوره كالطلاق [١١٢].

ونوقش ذلك: لا يسلم أن الرضا بالخيار لصاحبه معناه إذن له بالفسخ متى

شاء دون حاجة إلى علمه، بل لابد من إعلام صاحبه، ولا يحصل إعلامه إلا بسماعه، إلا إذا صرح بعدم إعلامه عند الفسخ، وذلك تجنباً للإضرار به .

وتخريجاً على قول الجمهور فإنه يجوز لأحد العاقدين أن يعقد عقداً جديداً متى ما سمع فسخ الآخر للعقد، بل يمكن أن يعقد عقداً جديداً مطلقاً بعد فسخه للعقد الأول وإن لم يعلم الطرف الآخر.

الاختيار والترجيح:

بعد النظر إلى تعليل كل من القولين يظهر رجحان القول باشتراط سماع أحد العاقدين فسخ الآخر للعقد لنفاذ الفسخ، وهو القول الأول، وذلك: لأن الأصل وجوب الوفاء بما تضمنه العقد للآية:{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} [(١١٣)] . ولأن مراعاة عدم الإضرار بالآخرين مطلوب للقاعدة " لا ضرر ولا ضرار" [(١١٤)] ، ومعلوم أن فسخ العقد بدون إعلام صاحبه يترتب عليه ضرر، وعلى هذا فلا يجوز أن يعقد عقداً جديداً بمجرد سماع فسخ الطرف الثاني للعقد حتى يتأكد من صحة الخبر، إلا إذا صرح كل واحد من العاقدين بجواز الفسخ بدون إعلام صاحبه،،هذا أشبه بإسقاط حقه في الخيار .

المطلب الثالث

سماع صيغة العقد في حال غيبة العاقدين

في حال غيبة العاقدين أو أحدهما عن مجلس العقد، واحتيج إلى السماع، يصح إجراء العقود عن طريق الهواتف وما في حكمها من وسائل الاتصال الحديثة التي يتحقق فيها السماع من الطرفين، حيث يمكن أن يحصل الإيجاب والقبول بلا ضرر، كما لا يفتقد بهذه الطريقة شرط من شروطهما .

والتعاقد بالهاتف يحقق السماع دون المشاهدة، ومن الوسائل الحديثة ما يحقق السماع والمشاهدة معاً دون الحضور في مجلس واحد، وهو الهاتف المصـــور، والهاتف: اسم لجهاز آلي يسمع بواسطته صوت المتكلم دون أن يرى

أحدهما الآخر [115].

وقد ورد في نصوص الفقهاء ما يدل على ذلك، جاء في البحر الرائق: (إن كان البعد بحال يوجب التباس ما يقول كل واحد منهما لصاحبه يمنع وإلا فلا، فعلى هذا الستر بينهما الذي لا يمنع الفهم والسماع لا يمنع) [116]، ويقول الإمام النووي – رحمه الله– (لو تناديا وهما متباعدان صح البيع بلا خلاف) [117]، ومفهومه: وأحدهما يسمع الآخر، بدليل لفظ المناداة .

والتعاقد بالهاتف لا يختلف عن التعاقد مباشرة في مجلس العقد، حيث يسمع كل من العاقدين الآخر، ويحصل به اتصال الإيجاب بالقبول، ويتمكن العاقدان من التعبير عن إرادتهما بدون واسطة كالحاضرين في المجلس. والعبرة في صحة التعاقد اللفظي: اتصال كلام الموجب بكلام القابل حقيقة أو حكما [118]، والاتصال بين العاقدين عن طريق الهاتف اتصال حقيقي .

ومن ميزات التعاقد بالهاتف: أنه اختصر المسافات البعيدة، واختصر الزمان، وأراح التجار من السفر.

وقد اكتشف مؤخراً الهاتف الصوري (الفيديو) الذي ينقل الصوت والصورة معاً في وقت واحد، مما يجعل التعاقد به أكثر شبهاً بالتعاقد في مجلس العقد .

والتعاقد بالهاتف يعد تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان .

وزمن انعقاد العقد يكون بمجرد سماع أحد العاقدين للآخر، ومجلس العقد يضل قائماً مدة بقاء المكالمة واستمرار السماع وعدم انقطاعه، وبانقطاع المكالمة ينتهي المجلس ويحصل التفرق [119].

وقد نظر مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في جدة في دورته الرابعة المنعقدة في الفترة من ١٧– ٢٣ شعبان ١٤١٠هـ في حكم إجراء العقود بآلات الاتصال

الحديثة وقرر ما يلي: (إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد، ولا يرى أحدهما الآخر معاينة ويسمع كلامه وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي، فإن التعاقد بينهما يعد تعاقداً بين حاضرين) [١٢٠] .

شبهات والرد عليها:

يمكن أن تثار هنا شبهة عدم توفر شرط اتحاد المجلس، ولكن يمكن أن يجاب عليها بأن يقال: الصحيح أن اتحاد المجلس شرط لصحة الإيجاب والقبول، ولكن تحقق اتحاد المجلس يختلف باختلاف حال المتعاقدين، فإن كان المتعاقدان في مكان واحد فمجلس العقد يكون في المكان الذي يوجد فيه المتعاقدان، ويبدأ وقته من حين صدور الإيجاب، ويبقى ما دام المتعاقدان منصرفين إلى موضوع العقد ولم يصدر من أحدهما الإعراض عن موضوع العقد، ويكون اتحاد المجلس في هذه الحالة صدور القبول عقب صدور الإيجاب ولم يتخلل إعراض كل واحد من المتعاقدين بالكلام عن موضوع العقد، كما لم يتخلل ترك كل واحد منهما المكان إشارة إلى الإعراض عن العقد [١٢١] .

وأما إن كان المتعاقدان ليسا في مكان واحد ويكون التعاقد بينهما بالهاتف أو المراسلة فمجلس العقد في هذه الحالة هو وحدة الزمان التي تبدأ من وقت صدور الإيجاب وتستمر طوال المدة التي يظل فيها المتعاقدان منصرفين إلى موضوع التعاقد دون إعراض من أحدهما عن التعاقد، وتنتهي بانصراف أحدهما أو كلاهما عن موضوع العقد [١٢٢] .

- ومن الشبه أيضاً: عدم إمكانية الإثبات بالشهود وسماعهم لمجريات العقد .

ويجاب عن ذلك بأن الإشهاد في العقود – عدا النكاح – مستحب وليس بواجب، ثم إن من الأجهزة الحديثة ما يسمح بسماع الصوت ثلاثة أو أكثر. واحتمال الإنكار من أحد العاقدين محتمل سواء بالهاتف أو بغيره. ولا يطعن ذلك في صحة العقد .

- ومن الشبه: احتمال تقليد الأصوات، والسامع لا يجزم بأن المتحدث هو صاحب الشأن في العقد .

ويجاب عن ذلك بأن هذا الاحتمال ممكن في التعاقد بالوسائل الأخرى كالكتابة والرسول، ولم يمنع ذلك التعاقد بهما، ثم إذا تبين لأحد العاقدين شك في هوية المتحدث فالخيار قائم بينهما بطلب التأجيل لوقت لاحق، وهو في حكم خيار الشرط.

- كذلك احتمال انقطاع المكالمة، أو وجود خلل يمنع حدوث السماع، وقد يحصل بذلك تراجع عن الإيجاب ولم يسمعه الطرف الآخر .

ويجاب عن ذلك: بأن انقطاع المكالمة يعني تفرق المجلس، والتفرق يحصل بين العاقدين في المجلس الحقيقي، ويمكن معاودة الاتصال مرة أخرى .

ومن هنا يمكن القول: بأن التعاقد عن طريق الهاتف كالكلام مشافهة، إلا أنه سماع عن بعد من شخص مستور، وقد جرى عليه العرف في العصر الحاضر مع أخذ الاحتياطات اللازمة لتفادي الخصومة، والعرف يعتد به في إجراء العقود[١٢٣] .

مسـألة:

استثنى الفقهاء من جواز التعاقد بالهاتف في العقود المالية ما يحتاج فيه إلى التقابض في مجلس العقد، كعقد الصرف، فلا يصح التعاقد به عن طريق الهاتف لتعذر التقابض .

وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي بالقرار رقم (٥٤/٣/٦)[١٢٤] .

وإن كان للمتعاقدين عن طريق الهاتف وكيلان بالقبض قبل انتهاء المكالمة فلا مانع من صحة العقد ؛ لزوال المانع وهو تعذر التقابض وقد حصل بالوكيلين، وصحة عقد الصرف بقبض الوكيلين قبل تفرق العاقدين هو قول جمهور الفقهاء[١٢٥] .

والأخذ بهذا القول فيه توسعة على الناس خاصة في معاملاتهم في العصر

الحاضر التي تتطلب السرعة وعدم التأخير، ويتفق مع مقاصد الشرع في التيسير ورفع الحرج .

المبحث الثاني
السماع في عقد النكاح

المطلب الأول
سماع الإيجاب والقبول في مجلس العقد:

عقد النكاح من العقود التي لا يقصد منها المال، ولهذا **لا يعد** من العقود المالية، فوجود المال فيه وهو المهر (الصداق) ليس مقصوداً بذاته وإنما هو تابع .

ويشترط لصحة عقد النكاح من الحاضرين في المجلس: سماع كل من العاقدين كلام الآخر، ويفهم منه إنشاء الزواج، وذلك بأن يعلم القابل أن قصد الموجب بعباراته إنشاء النكاح وإيجابه، كما يعلم الموجب أن قصد القابل بعباراته الرضا بالنكاح والموافقة عليه، وإن لم يعلم كل واحد منهما معاني المفردات التي تتألف منها عبارات الآخر، سواء اختلفت اللغة أم اتفقت، ما دام كل واحد منهما قد فهم غرض صاحبه وأن قصده إنشاء العقد والرضا به.

وهذا الشرط ذكره فقهاء الحنفية [١٢٦]، قال صاحب البحر الرائق في تعداد شروط الإيجاب والقبول: " ومنها سماع كل منهما كلام صاحبه، **لأن** عدم سماع أحدهما كلام صاحبه بمنزلة غيبته " [١٢٧].

وعمدة الحنفية ومن وافقهم أمور:

الأول: لأن النكاح عقد يتعلق بالرضا، فإذا لم يسمعه لم يتحقق الرضا [١٢٨].

مناقشة التعليل: ويمكن أن يناقش هذا التعليل بأن النكاح ينعقد بعبارة الإيجاب والقبول من الهازل ولا رضا فيه [١٢٩].

وأجيب عنه: بأن الهازل تلفظ وسمع قوله، وهزله رضا، لخصوصية عقد النكاح دون سائر العقود، فقد خص بحديث (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح

والطلاق والرجعة)[١٣٠].

الثاني: لأن العقد ينعقد بكلامهما، فلابد من سماعهما[١٣١].

الثالث: لأن عدم سماع أحدهما كلام صاحبه بمنزلة غيبته، فهي كالعقد بالكتابة، والمعلوم أنه لا ينعقد بالكتابة من الحاضر القادر على النطق[١٣٢].

الرابع: لأن الإيجاب والقبول بينهما يحصلان بالتخاطب، فإذا لم يحصل السماع لم يوجد التخاطب[١٣٣].

الخامس: لأن حضور العاقدين في مجلس العقد يقتضي سماعهما[١٣٤].

السادس: أن تحقق الارتباط بين عبارات المتعاقدين المكونة للعقد لا يحصل إلا إذا سمع أحدهما كلام الآخر وفهم المراد منه[١٣٥]، وإلا فلا يحصل ارتباط.

وهذا الشرط ينطبق على ما إذا كان العقد يتم بالكلام، وأما إذا كان العقد يتم بالإشارة أو الكتابة لكون أحد العاقدين أخرسا أو كلاهما أخرس فيشترط في هذه الحالة رؤية كل من العاقدين إشارة أو كتابة الآخر وفهم المراد منها[١٣٦].

ويلحق بسماع الإيجاب والقبول ما يتبع ذلك من الشروط في النكاح وبيان العيوب في الزوجين أو أحدهما إن وجدت، لأن ذلك مما يؤثر في العقد بالفسخ أو عدمه، فلا بد من سماعه.

وكذلك سماع الشهود مجريات العقد من بدايته حتى نهايته، فالسماع في مجلس العقد يشمل ذلك كله.

وسكت عن هذا الشرط أصحاب المذاهب الأخرى، وسكوتهم عنه لا يدل على عدم اشتراطه، وإنما: لأن من لازم وجود الإيجاب والقبول في مجلس واحد حصول السماع ولو لم ينصوا عليه، إذ لا عبرة بوجودهما إذا لم يحصل السماع.

وأثبت الكتاب المعاصرون سماع العاقدين لصيغة عقد النكاح[١٣٧].

المطلب الثاني
سماع عقد النكاح في حال غيبة العاقدين

عقد النكاح ميثاق غليظ كما سماه الله في كتابه العزيز في قوله – سبحانه – ﴿ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا ﴾ [١٣٨].

لذا فإن الشارع الحكيم جعل فيه من الشروط والقيود ما ليس في غيره، فلا يقاس على غيره من العقود من كل وجه، ومن ذلك: صيغة العقد التي هي الإيجاب والقبول، .

وقد تقدم القول بصحة التعاقد بالوسائل الحديثة في عقود المعاملات المالية، إذا توفر تحقق الرضا بالعقد بطريق السماع أو ما يدل عليه .

أما عقد النكاح: فهل يصح عقده والإشهاد عليه بطريق الهاتف وما في حكمه من وسائل الاتصال الحديثة، بحيث يسمع كل من العاقدين كلام الآخر ويسمع الشهود مجريات العقد ؟، أم لا بد من اجتماع العاقدين والشاهدين في مجلس حضوري واحد ؟. هذا محل البحث في هذه المسألة .

وقد سئلت اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء عن حكم عقد النكاح بالهاتف فأجابت بما يلي: (نظراً لما كثر في هذه الأيام من التغرير والخداع والمهارة في تقليد بعض الناس بعضاً في الكلام، وإحكام محاكاة غيرهم في الأصوات، حتى أن أحدهم يقوى أن يمثل جماعة من الذكور والإناث صغاراً وكباراً ويحاكيهم في أصواتهم ولغاتهم المختلفة محاكاة تلقي في نفس السامع أن المتكلمين أشخاص وما هو إلا شخص واحد، ونظراً إلى عناية الشريعة الإسلامية بحفظ الفروج والأعراض والاحتياط لذلك أكثر من الاحتياط لغيره من عقود المعاملات، رأت اللجنة الدائمة أنه ينبغي ألا يعتمد في عقود النكاح في الإيجاب والقبول والتوكيل على المحادثات التلفونية، تحقيقاً لمقاصد الشريعة ومزيد عناية في حفظ الفروج والأعراض حتى لا يعبث أهل الأهـــواء ومن تحدثهم أنفسهم بالغش والخداع) [١٣٩].

وقد استثنى مجمع الفقه الإسلامي عقد النكاح من قراره السابق [١٤٠] في حكم التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة حيث ورد فيه (رابعاً: إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد فيه ..) .

وهذا القرار يتفق مع ما قرره **فقهاء الحنفية وجمهور فقهاء الشافعية** من أن الشهود على عقد النكاح يشترط فيهم أن يكونوا مبصرين، لأن الأعمى يشهد على مجرد الصوت، والأصوات تختلط، والفروج ينبغي أن يحتاط فيها ما لا يحتاط في الأموال، ومن شروط الشهادة العلم، وبالصوت لا يحصل العلم بالمتكلم لوجود التشابه بين الأصوات [١٤١] .

وذهب المالكية والمزني من الشافعية والحنابلة إلى قبول شهادة الأعمى على ما سمعه من الأصوات إذا تيقن الصوت وعرفه [١٤٢] ، لعموم الأدلة الدالة على الشهادة حيث لم تفرق بين الأعمى وغيره، ولأن الصوت طريق للتمييز بين الأشخاص شرعاً وعادة، فقد فرق الصحابة – رضي الله عنهم – بين أذان بلال وأذان ابن أم مكتوم بالصوت، لما قال النبي ﷺ من حديث ابن عمر – رضي الله عنهما – (إن بلالاً يؤذن بليل فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم) [١٤٣] ، والأعمى إنما يعرف زوجته ويميزها عن غيرها من النساء بالصوت .

والذي يترجح من القولين – بناءً على النظر في الأدلة – قبول شهادة الأعمى فيما سمعه من الأصوات، إذا تيقن ذلك وعرفه .

وبهذا يخرج القول بقبول سماع عقد النكاح عن طريق الهاتف على سماع الشهادة، بجامع أن الأعمى الحاضر في مجلس العقد والمبصر الذي يسمع الصوت عن طريق الهاتف لا يطلعان على صورة الموجب والقابل في عقد النكاح، ومن منع عقد النكاح بالهاتف رجح مبدأ الاحتياط في أمر النكاح لما يترتب عليه من المخاطر .

لذا فإن الأخذ بالأحوط – في هذه المسألة أولى، ومتى أمكن اجتماع

العاقدين والشهود في مجلس العقد فلا يصار إلى غيره، أما إذا ضاق الأمر وتعذر الحضور، وخشي من حصول ضرر بتأخير العقد، ولم يتمكن العاقدان من التوكيل، وتيقن الشاهدان من الأصوات فلا مانع من العقد للضرورة، ومن باب تقديم درء المفاسد على جلب المصالح .

ومتى توفر هاتف مرئي، واتضحت صورة العاقدين والشاهدين فإن الحكم بصحة التعاقد بالهاتف يزداد قوة، ويكون موافقاً لرأي الأئمة الأربعة .

هذا ما يتعلق بسماع الإيجاب والقبول وشهادة الشاهدين في عقد النكاح .

أما ما يتعلق بسماع الشروط في العقد وعيوب النكاح: فما ذكرته في المبحث الأول من اشتراط سماع الشروط والعيوب في العقود المالية يغني عن إعادته هنا، إذ لا فرق، لأن العقد إذا تم بإيجاب وقبول من الطرفين أو وكيلهما فما بعد ذلك تابع له، والتابع له حكم المتبوع من حيث اللزوم وعدمه، والتابع فرع والمتبوع أصل، والتابع لا يتقدم على المتبوع، إذ لا يعتد بالشروط قبل العقد، فإما أن تكون مقارنة له أو بعده، ولا يحل للشهود كتمان ما سمعوه من الشروط والعيوب، فكل ما كان السماع شرطاً فيه وجب بيانه عند الحاجة (١٤٤)

خاتمة البحث:

بعد هذا العرض لحكم مسألة السماع في العقود وما يترتب عليها وجوداً وعدما، توصل الباحث إلى النتائج التالية:

١. حرمة المال في الإسلام، وعم التعدي عليه إلا بحق .
٢. الرضا والاختيار أساس نشأة العقود، وما يترتب عليها من حقوق .
٣. اللفظ وما في حكمه من دلالات الرضا وسيلة التخاطب بين العاقدين،
٤. سماع الإيجاب والقبول من العاقدين شرط لصحة العقد .
٥. عدم سماع القبول والإيجاب أو أحدهما أمر محقق الوقوع إذا وجد سببه .
٦. الإيجاب ما صدر من العاقد والقبول ما صدر من المعقود معه في مذهب الجمهور .

٧. دعوى الموجب عدم سماع القبول دعوى مقبولة، لكون العقد نشأ بسببه .
٨. إذا لم يوافق الإيجاب قبولاً بطل العقد، لفقدان أحد ركنيه .
٩. كما يكون التعاقد باللفظ يكون بالفعل، وهو التعاقد بالمعاطاة .
١٠. صحة التعاقد بالمعاطاة ولو لم يحصل سماع من العاقدين أو أحدهما .
١١. إن وجد عيب في المبيع وجب بيانه وعلمه للآخر بطريق السماع .
١٢. متى علم المعقود معه بالعيب ورضي به لا يقبل الرد .
١٣. إذا ادعى المعقود معه عدم سماع العيب قبل قوله وله الخيار .
١٤. يشترط سماع أحد العاقدين للآخر في حال فسخ العقد وبيان سببه.
١٥. إذا لم يتوفر السماع بين العاقدين في مجلس العقد لغيبتهما أو غيبة أحدهما صح العقد بالسماع عن طريق وسائل الاتصال الحديثة فيما لا يشترط فيه القبض .
١٦. عقد النكاح من العقود المغلظة، فيحتاط فيه ما لا يحتاط في غيره .
١٧. سماع صيغة العقد شرط لصحة عقد النكاح من العاقدين وشهود الحال .
١٨. في حال غيبة العاقدين والشهود ينعقد عقد النكاح بالسماع عبر وسائل الاتصال الحديثة، في حالات مستثناة، إذا عرف المتحدث وتحقق منه، وتعذر الحضور في مجلس واحد، مع الحاجة الملحة للعقد .
١٩. ما يشترط في صيغة عقد النكاح يشرط في التابع لها، كسماع الشروط في العقد، وعيوب النكاح إن وجدت، فالتابع له حكم المتبوع .
٢٠. الأصل في عقد النكاح حضور العاقدين وشاهدي الحال في مجلس العقد، ولا يقاس على غيره من العقود لعظم شأنه، وإنما قيل بالتعاقد فيه بالسماع في حال الغيبة في حالات خاصة للضرورة .

توصيات الباحث:

١. التزام جانب اليسر والسماحة في عقود المعاملات المالية تحقيقاً لمقاصد الشرع.
٢. التحقق من كمال الرضا في العقود .

٣. عدم اللجوء للتعاقد بالوسائل الحديثة في عقود المعاملات إلا عند تعذر الأصل .

٤. تعظيم شأن عقد النكاح، والالتزام بإجراء العقد في مجلس العقد، وعدم التوسع في التعاقد بالوسائل الحديثة، وقصر ذلك على حالات خاصة .

هوامش البحث:

---

(١) سورة النساء الآية رقم (٢٩). قال ابن العربي في أحكام القرآن ٤١١/١:(وهذا نص على إبطال بيع المكره لفوات الرضا فيه) .

(٢) ينظر: المنثور في القواعد ٢٠٦/٢، درر الحكام ٦٦/١ وقد نص شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله على أن الرضا أصل في العقود، وأنها لا تجوز إلا بالتراضي،كما في مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٥٥، ١٨٨ .

(٣) ينظر: درر الحكام ٦٦/١ .

(٤) انظر: المبسوط ١٥٠/١١، مواهب الجليل ٢٥٢/٥، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١١٥/٢،١٠٧، مجموع الفتاوى ٢٠/١٩، إعلام الموقعين ٢١٨/١ .

(٥) سورة محمد الآية رقم (١٨) .

(٦) انظر: الصحاح للجوهري ١١٣٦/٣، المصباح المنير ٣٠٩/١ .

(٧) الفروق ٦٢/١ .

(٨) انظر: شرح الكوكب المنير ٣٤٦/١، إرشاد الفحول للشوكاني ص٦، الموافقات للشاطبي ١٨٤/١ .

(٩) سورة الملك الآية رقم (٢٣) .

(١٠) انظر: لسان العرب ٢٠٩٦/٣، معجم مقاييس اللغة مادة (سمع) ١٠٢/٣، الصحاح للجوهري ١٢٣١/٣ .

(١١) العقد في الفقه الإسلامي صفحة ٦٤، نظرية العقد للسنهوري صفحة ٥٧ .

(١٢) سورة المائدة الآية رقم (١) .

(١٣) سورة المائدة الآية رقم (٨٩) .

(١٤) انظر: معجم مقاييس اللغة ٨٦/٤، لسان العرب ٢٩٦/٣، تاج العروس ٣٩٤/٨ .

(١٥) انظر: البحر الرائق٨٧/٣، حاشية الدسوقي: ٤/٣،المهذب:١٠/٣، المغني لابن قدامة ٥/٦، المدخل الفقهي العام٢٩١/١ .

(١٦) سورة النساء الآية رقم (٢٩) .

(٥) انظر: مجموع الفتاوى ٦/٢٩ .

(١٧) أخرجه البيهقي في شعب الإيمان ٣٨٧/٤ برقم ٥٤٩٢، وفي السنن الكبرى ١٠٠/٦ برقم ١٠٦٧١، والدارقطني في سننه برقم ٢٥٣١، كلهم من حديث أبي حرة الرقاشي عن عمه، وله طرق أخرى عن أبي حميد الساعدي، وابن عباس، وأنس، قال البيهقي:حديث أبي حميد أصح ما في الباب، وصححه الألباني في إرواء الغليل برقم ١٤٥٩، وانظر التلخيص الحبير لابن حجر ١٠١/٣ .

(١٨) أخرجه ابن ماجه في سننه٧٣٧/٢ كتاب التجارات، باب بيع الخيار، والبيهقي في السنن الكبرى٧/٦ كتاب البيوع، وابن حبان في صحيحه ٣٤٠/١١ باب البيع المنهي عنه، وصححه الألباني في إرواء الغليل١٢٥/٥ .

(١٩) انظر: حاشية ابن عابدين ٥٠٧/٤، مواهب الجليل ٩/٥، شرح الكوكب المنير ٥٠٩/١، كشاف القناع ٥/٢، إعلام الموقعين ٣٨٥/٣، الأموال ونظرية العقد ص ٢٤٧- ٢٩١، والإكراه: فعل الأمر لغيره ينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره . انظر: تبيين الحقائق ١٨١/٥، أنيس الفقهاء ص ٢٦٤ .

(٢٠) انظر: مواهب الجليل ٢٢٨/٤، مغني المحتاج ٣/٢، كشاف القناع ١٤٦/٣ .

(٢١) انظر: فتح القدير ٢٤٨/٦، حاشية ابن عابدين ٥٠٦/٤، أنيس الفقهاء للقونوي ص ٢٠٣ .

(٢٢) بدائع الصنائع ٦٤/٤ .

(٢٣) انظر: المنثور في القواعد للزركشي ٣١٠/٢، الفروق للقرافي ١٦٣/٣

(٢٤) وهي: (أن يوجد لفظ من أحد العاقدين ويتبعه فعل من الآخر، أو يصدر الفعل منهما معا بدون لفظ بعد معرفة الثمن والمثمن) انظر: المنثور في القواعد ١٨٥/٣. وبيع المعاطاة كما يكون بأدلة فعلية دون التلفظ بالإيجاب والقبول، قد يكون بصدور الإيجاب من الطرف الأول قولاً وصدور القبول من الطرف الثاني فعلا، وفي هذا يقول صاحب المجموع ١٦٣/٩: "صورة المعاطاة التي فيها الخلاف:أن يعطيه درهما أو غيره ويأخذ منه شيئاً ولا يوجد لفظ أو يوجد لفظ من أحدهما دون الآخر، فإذا ظهر والقرينة وجود الرضا من الجانبين حصلت المعاطاة وجرى فيها الخلاف"، وينظر: المغني ٤/٤ .

(٢٥) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ١٣٥/٥، حاشية ابن عابدين ٥١١/٤، روضة الطالبين ٣٤١/٣،، الأشباه وانظائر للسيوطي /١٩٠، كشاف القناع ٣٩/٥، ٢٤٩،

(٢٦) انظر: مواهب الجليل ٢٢٩/٤، حاشية الدسوقي ٣/٣، الاختيارات الفقهية ص١٢١، إعلام الموقعين لابن القيم ٢١٨/١ .

(٢٧) سورة آل عمران آية (٤١) .

(٢٨) (وشروطها: أن تكون مستبينة مفهومة ومرسومة . انظر: بدائع الصنائع ٢٣١/٢، حاشية الدسوقي ٣/٣، روضة الطالبين ٣٣٩/٣، كشاف القناع ٣٩/٥ .

(٢٩) فتح القدير شرح الهداية ٢٥٤/٦.

(٣٠) انظر: المجموع للنووي ١٦٧/٩. الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٨٨ .

(٣١) ينظر: تبيين الحقائق ١٩٧/٢، حاشية الدسوقي ٣٧٨/٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٨١، المغني لابن قدامة ٣٥٥/١٠، الفقه الإسلامي وأدلته ٣٩٨/٤.

(٣٢) انظر التعريفات الفقهية /٢٠٩ .

(٣٣) ٣/٣ .

(٣٤) انظر: ضوابط العقود للبعلي /١٥٥ .

(٣٥) مصادر الحق للسنهوري ٦/٢، الفقه الإسلامي وأدلته / محمد سلام مدكور ص ٥٣٠، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد / مصطفي الزرقا ص ١٤، مبدأ الرضا في العقود / علي محيي الدين القره داغي ص١٩٨ .

(٣٦) المنتقى ١٥٧/٤ .

(٣٧) انظر: حاشية العدوى ١٢٧/٢ .

(٣٨) انظر: بدائع الصنائع ١٦٢/١، حاشية ابن عابدين ٥٣٥/١، البحر الرائق ٨٩/٣، حاشية العدوي ١٢٧/٢، حاشية الدسوقي ٣/٣ .

(٣٩) انظر: فتح القدير ٣٤٤/٢ .

(٤٠) انظر: درر الحكام ٣٢٩/١، حاشية ابن عابدين ٢٧٨/٢ .

(٤١) انظر: التعبير عن الإرادة الظاهرة لوحيد الين سوار صفحة ٦٢١ .

(٤٢) انظر: نهاية المحتاج ٣٨٢/٣، حاشية الشرواني ٢٢٥/٤، المجموع للنووي ١٦٩/٩ .

(٤٣) انظر: الغرر البهية في شرح البهجة الوردية ٣٩٣/٢ .

(٤٤) انظر: بدائع الصنائع ١٦٢/١ .

(٤٥) انظر: حاشية ابن عابدين ٥٣٤/١ .

(٤٦) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام ١٤٠/١، حاشية العدوي ١٢٧/٢، نهاية المحتاج ٣٦٣/٣- ٣٧٠، المغني ٣/٤ .

(٤٧) ينظر: بدائع الصنائع ١٣٤/٥، فتح القدير لابن الهمام ٧٧/٥. **والنفيس:** ما يكثر ثمنه، **والخسيس:** ما يقل ثمنه، انظر: أنيس الفقهاء ص ٢٠٣ .

(٤٨) ينظر: حاشية الدسوقي ٣/٣، مواهب الجليل: ٢٢٨/٤ .

(٤٩) ينظر: روضة الطالبين: ٣٣٦/٣، المجموع ٩ /١٦٢ -١٦٣، مغني المحتاج: ٤٠٣/٢ .

(٥٠) ينظر: المغني ٤/٤ .

(٥١) (الإنصاف: ٢٦٤/٤) .

(٥٢) سورة البقرة الآية (٢٧٥) .

(٥٣) المغني ٤/٤-٥ .

(٥٤) المغني ٤/٤.

(٥٥) المغني ٤/٤-٥، الفتاوى الكبرى ٤١٢/٣ .

(٥٦) المصدر نفسه.

(٥٧) سورة النساء، الآية (٢٩).

(٥٨) بدائع الصنائع ١٣٩/٥.

(٥٩) نهاية المحتاج ٣٧٥/٣، المجموع شرح المهذب للنووي ١٦٢/٩ .

(٦٠) ينظر: الإنصاف ٢٦٣/٤، الفروع لابن مفلح ٤/٤ .

(٦١) المهذب ومعه شرح النووي ١٦٢/٩.

(٦٢) سورة النساء، الآية (٢٩) .

(٦٣) مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية ٦/٢٩ .

(٦٤) من ذلك ما روي (أن النبي ﷺ لما اشترى جملاً قال ابن عمر: بعنيه يا رسول الله، فقال: هو لك يا عبد الله) ولم يصدر من ابن عمر قبول باللفظ. انظر فتح الباري لابن حجر: ٥٤٤/١ .

(٦٥) المجموع ١٦٢/٩.

(٦٦) مجموع الفتاوي ٦/٢٩-٧ .

(٦٧) ينظر: تبيين الحقائق ٤/٤، درر الحكام شرح غرر الأحكام: ٢ /١٤٣.

(٦٨) ينظر: المجموع ١٦٢/٩.

(٦٩) ينظر: المغني ٤/٤، الفروع لابن مفلح ٤/٤، الإنصاف ٢٦٣/٤.

(٧٠) انظر:المجموع شرح المهذب ١٦٤/٩ .

(٧١) مجموع الفتاوى ٢٩/٦-٧. والحرز: ما يحفظ فيه المال عادة: كالدار، والحانوت، والخيمة. انظر: التعريفات الفقهية ص ٧٨ .

(٧٢) المصدر نفسه.

(٧٣) المصدر نفسه، وانظر: المجموع ٩/١٦٣.

(٧٤) المجموع ٩/١٦٥ .

(٧٥) مجموع الفتاوى ٢٩/٦ .

(*) الفسخ في اللغة: النقض والإزالة، وفي الاصطلاح: حل رابطة العقد . انظر: المصباح المنير ٢/٤٧٢ مادة: (فسخ)، الأشباه والنظائر لابن نجيم /١٩٥، التعريفات الفقهية /١٦٥ .

(٧٦) ينظر: تكملة المجموع ١٢/١١٥.

(٧٧) الحديث متفق عليه، صحيح البخاري كتاب البيوع، باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا، وباب كم يجوز زمان الخيار ٢/١٢، وصحيح مسلم كتاب البيوع، باب الصدق في البيع والبيان، ٥/١٠ .

(٧٨) الحديث رواه ابن ماجه كتاب التجارات، باب من باع عيباً فليبينه حديث (٢٢٦٥)، وأورده البخاري معلقاً في البيوع، وقال ابن حجر في الفتح ٤/٣١١: إسناده حسن .

(٧٩) هو واثلة بن الأسقع بن كعب الليثي الصحابي، أسلم قبل غزوة تبوك وشهدها مع النبي ﷺ، وكان من أهل الصفة، توفي سنة ٨٣هـ وله مائة وخمس سنين (تهذيب الكمال، ٣٠/٣٩٣ وبعدها).

(٨٠) الحديث رواه ابن ماجه كتاب التجارات، باب من باع عيباً فليبينه حديث (٢٢٦٦). قال السبكي في تكملة المجموع ١١ /٣٠٠ (أخرجه الحاكم في المستدرك، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وفي حكمه بصحته نظر، فإنه من رواية أبي جعفر الرازي وثقه بن معين وأبو حاتم الرازي، وقال جماعة: سيء الحفظ، وقال أحمد: ليس بالقوي، وقال ابن حبان: كان ممن ينفرد بالمناكير لا يعجبني الاحتجاج بخبره) والحديث له شواهد تقويه كالحديث الذي قبله .

(٨١) الحديث رواه مسلم في كتاب الإيمان، باب قول النبي ﷺ: من غشنا فليس منا، ١/٦٩. برقم ١٦٤ .

(٨٢) ينظر: تكملة المجموع ١٢/١١٧-١١٨.

(٨٣) الخيار وأثره في العقود ٢/٣٩٥. والخيار: طلب خير الأمرين: إمضاء العقد أو فسخه، انظر: التعريفات الفقهية ص٩٠

(٨٤) مراتب الإجماع لابن حزم ١٦٩/٢ .

(٨٥) لم أعثر على ترجمته في كتب التراجم ، وقال السبكي عنه في تكملة المجموع ١١٢/١٢؛ وأما أبو سباع فشامي تابعي لم أعلم من حاله غير ذلك.

(٨٦) رواه البيهقي في السنن الكبرى كتاب البيوع، باب ماجاء في التدليس وكتمان العيب ٥ /٣٢٠،والحاكم في المستدرك:١٠/٢، وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وتعقبه السبكي في تكملة المجموع ١١٢/١٢ وضعفه .

(٨٧) ينظر: الخيار وأثره في العقود ٣٩٥/٢، الفقه الإسلامي وأدلته٥٦٠/٤ .

(٨٨) ينظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢٣/١.

(٨٩) ينظر: المصدر نفسه (درر الحكام) ٦٦/١.

(٩٠) الحديث رواه البخاري في تفسير سورة آل عمران برقم٢ صحيح البخاري ١١١/٣، ورواه مسلم في صحيحه كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه ١٢٨/٥.

(٩١) انظر: الحاوي الكبير٥٣٥/٥، ونسبه النووي للإمام الشافعي في روضة الطالبين ١٤٩/٣ .

(٩٢) ينظر: فتح القدير ١٥١/٥، حاشية العدوي ١٢٢/٢-١٢٤، تكملة المجموع ١٢١/١٢، المغني لابن قدامة ٢٣٩/٤، وقال: لا يعلم بين أهل العلم في هذا خلاف .

(٩٣) الأرش: اسم للواجب فيما دون النفس في باب الديات، ويطلق على المقدار بين المعيب والصحيح، انظر التعريفات ص٩، أنيس الفقهاء ص٢٩٥

(٩٤) الاختيارات الفقهية ص ١٢٤ .

(٩٥) المغني ٢٦٤/٦ .

(٩٦) انظر: بدائع الصنائع ٢٧٧/٥، فتح القدير ١٨٣/٥، بداية المجتهد لابن رشد ١٨٤/٢، حاشية الدسوقي ١١٩/٣، تحفة المحتاج شرح المنهاج ١٥١/٤، تكملة المجموع للسبكي ١١٦/١٢، كشاف القناع ٢١٨/٣، المغني لابن قدامه ٢٤٧/٦ .

(٩٧) انظر: الذخيرة للقرافي ٥١٣/٥، مواهب الجليل ٤٢٧/٥،المبدع١١٤/٥، الإنصاف٨٠/٦ .

(٩٨) انظر: روضة الطالبين ١٥٠/٣، المبدع ٨ /١١٤، الكافي لابن قدامة ٤١٦/٣ .

(٩٩) لم أجد لفقهاء الحنفية قولا في هذه المسألة .

(١٠٠) بداية المجتهد ١٧٤/٢ .

(١٠١) ينظر: درر الحكام ٢٣/١ .

(١٠٢) تقدم تخريجه في ص ١٩ .

(١٠٣) ينظر: الملكية ونظرية العقد /٢٧٤. والإقالة: رفع العقد، انظر: أنيس الفقهاء ص ٢١٢ .

(١٠٤) ينظر: تكملة المجموع ٩٨/١٤.

(١٠٥) الفضوليهو: من يتصرف في حق غيره بغير إذن شرعي، انظر: حاشية ابن عابدين ١٠٦/٥

(١٠٦) ينظر: بدائع الصنائع، ٢٧٣/٥.

(١٠٧) المصدر نفسه.

(١٠٨) ينظر: قوانين الأحكام الشرعية، ص: ٢٣٤.

(١٠٩) ينظر: روضة الطالبين ٤٤٥/٣.

(١١٠) ينظر: القواعد لابن رجب ،ص١١٨.

(١١١) ينظر: مغني المحتاج ٤٩/٢، المغني ٥١٩/٣ .

(١١٢) أنظر: المصدرين السابقين .

(١١٣) سورة المائدة ، الآية (١).

(١١٤) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص١٧٣. واصلها حديث عبادة بن الصامت ﷺ مرفوعا:(لا ضرر ولا ضرار) أخرجه الإمام أحمد في المسند برقم ٢٢٧٧٨، والحاكم في المستدرك على الصحيحين ٦٦/٢، وقال: صحيح على شرطهما ولم يخرجاه .

(١١٥) انظر: المعجم الوسيط ٩٧١/٢ .

(١١٦) ٢٧٢/٥ .

(١١٧) المجموع ١٨١/٩ .

(١١٨) انظر: فتح القدير: لابن الهمام ٢٥٥/٦ .

(١١٩) انظر: التراضي: د نشأت الدريني ص٢٩٢ .

(١٢٠) انظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ص ١١٢،١١١ .

(١٢١) ينظر: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، د. عبد الكريم زيدان، ص٢٤٥.

(١٢٢) ينظر: الخيار وأثره في العقود د: عبد الستار أبو غدة ١١٨/١، الفقه الإسلامي وأدلته ١٠٨/٤-١٠٩.

(١٢٣) انظر: الفروق للقرافي ٢٨٣/٣، المجموع ١٦٢/٩، المغني لابن قدامة ٨/٦، العقود الياقوتية لابن بدران ص ٢٧١

(١٢٤) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السادس ١٢٦٧/٢ .

(١٢٥) انظر: بدائع الصنائع ٢١٦/٥، مغني المحتاج ٢٢/٢، شرح منتهى الإرادات ٢٠١/٢ .

(١٢٦) ينظر: البحر الرائق، ٨٩/٣، حاشية ابن عابدين ٢١/٣-٢٢، الفتاوى الهندية٢٦٧/١ .

(١٢٧) البحر الرائق ٨٩/٣ .

(١٢٨) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام ٣٢٩/١ .

(١٢٩) انظر: فتح القدير لابن الهمام ١٩٥/٣،مواهب الجليل ٤٢٣/٣، نهاية المحتاج ١٠٩/٦، المغني لابن قدامة ٤٦٣/٩ .

(١٣٠) أخرجه ابن ماجه في سننه ٦٥٨/١، كتاب الطلاق، وأبو داود في سننه ٦٣٤/٢، كتاب الطلاق، باب طلاق الهازل، والترمذي في سننه ٣٢٨/٢، أبواب الطلاق واللعان، باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق،وقال:حديث حسن، والحاكم في المستدرك ١٩٧/٢، كتاب الطلاق، وصححه، والحديث من رواية فضالة بن عبيد الأنصاري. أنظر: التلخيص الحبير لابن حجر ٢١٠/٣ .

(١٣١) انظر: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ص٦٨٤.

(١٣٢) البحر الرائق ٨٩/٣.

(١٣٣) التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ص٦٩٠.

(١٣٤) ملتقى الأبحر ، ص٩٠.

(١٣٥) فتح القدير ٣٤٤/٢.

(١٣٦) ينظر: حاشية ابن عابدين ٢١/٣- ٢٢ .

(١٣٧) ينظر:أحكام الأسرة في الإسلام للأستاذ د. محمد مصطفى شلبي ص١١٥، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية للأستاذ زكي الدين شعبان، ص١٠٠ .

(١٣٨) سورة النساء آية (٢١)

(١٣٩) مجلة البحوث الإسلامية المجلد الأول العدد الثالث ص ٣٧٠، فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء ٩٠/١٨ برقم ١٢١٦

(١٤٠) (انظر ص ٢٢ من البحث ح ٢) .

(١٤١) انظر: المبسوط ١٢٩/١٦، بدائع الصنائع ٢٦٨/٦، المهذب ٤٢٨/٢، الحاوي ٢٢/٢١ .

(١٤٢) انظر: الخرشي على مختصر خليل ١٧٩/٧، الكافي لابن عبد البر ٨٩٨/٢، المهذب ٤٢٨/٢، كشاف القناع ٤٢٦/٧، المغني لابن قدامة ٣٤٧/٩ .

(١٤٣) أخرجه البخاري في كتاب الأذان،باب الأذان قبل الفجر . (فتح الباري شرح صحيح البخاري ١٠٣/٢)، وأخرجه مسلم في صحيحه ٧٦٨/٢ كتاب الصيام باب أن الدخول في الصوم يحصل بطلوع الفجر .

(١٤٤) انظر: المنثور في القواعد ٢٣٤/١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٣٤، القواعد لابن

رجب القاعدة رقم ١٣٣ . إعلام الموقعين ٣/٣٢١ .

فهرس المصادر والمراجع

١- القرآن الكريم: تنزيل من حكيم حميد .

٢- أحكام الأسرة في الإسلام: أ.د. محمد مصطفى شلبي - الدار الجامعية - بيروت ط ٤ ١٤٠٣هـ .

٣- الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية: أ.د. زكي الدين شعبان، الجامعة الليبية - كلية الحقوق ط ٣ ١٩٧٣م .

٤- الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام بن تيمية: مكتبة الرياض الحديثة .

٥- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول: للشيخ محمد بن علي الشوكاني، دار المعرفة - بيروت ١٣٩٩هـ .

٦- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: محمد بن ناصر الدين الألباني - المكتب الإسلامي ط ٢ ١٤٠٥هـ .

٧- الأشباه والنظائر: لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ت ٩١١هـ، دار الفكر - بيروت ط ٢ ١٤١٤هـ .

٨- الأشباه والنظائر: لزين العابدين ابن نجيم الحنفي، دار الكتب العلمية - بيروت ١٤٠٠هـ .

٩- أصول السرخسي: لأبي بكر السرخسي الحنفي، دار المعرفة - بيروت ١٩٧٣م

١٠- أعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن قيم الجوزية، مكتبة الكليات الأزهرية - ١٣٨٨هـ .

١١- الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي: أ. د. محمد يوسف موسى، دار الفكر العربي، ١٩٥٢م .

١٢- الإنصاف: لعلاء الدين المرداوي، دار إحياء التراث العربي، ط٢ ١٤٠٠هـ.

١٣- أنيس الفقهاء: لشيخ / قاسم القونوي الحنفي ت ٩٧٨هـ، تحقيق: أحمد

الكبيسي، دار الوفاء- جدة . ط الأولى ١٤٠٦هـ .

١٤- البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم الحنفي ت ٩٦٩ هـ - دار المعرفة - بيروت - ط٢ .

١٥- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، ت٥٨٧ هـ، دار الكتب العلمية - بيروت .

١٦- بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي - ت ٥٩٥ هـ - دار الفكر - بيروت .

١٧- تاج العروس من جواهر القاموس: للشيخ: محمد مرتضى الحسيني - المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، ١٤١٤هـ .

١٨- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: للحافظ عثمان بن علي الزيلعي الحنفي - دار المعرفة - بيروت ط٢ .

١٩- تحفة المحتاج شرح المنهاج: للشيخ أحمد بن حجر الهيثمي - الدر السلفية - الهند .

٢٠- التراضي في عقود المبادلات المالية: د. نشأت الدريني - دار الشروق - جدة ط١ ١٤٠٢هـ .

٢١- التعبير عن الإرادة الظاهرة: د. وحيد الدين سوار، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر ط ٢ ١٩٧٩م .

٢٢- التعريفات: للشيخ العلامة علي بن محمدبن علي المعروف بالجرجاني ت ٨١٦هـ. ط ١٣٥٧هـ .

٢٣- التعريفات الفقهية: محمد عميم الإحسان المجددي، دار الكتب العلميةبيروت ط الثانية ٢٠٠٩م .

٢٤- تكملة المجموع شرح المهذب: لتقي الدين أبي الحسن علي بن عبد الكافي السبكي، ضمن سلسلة المجموع للنووي .

٢٥- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير :للحافظ: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ت ٨٥٢هـ، دار المعرفة - بيروت .
٢٦- تهذيب الكمال في أسماء الرجال: للإمام أبي الحجاج يوسف المزي: مؤسسة الرسالة، ط٤ ١٤١٣هـ
٢٧- حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار) للعلامة: محمد أمين الشهير بابن عابدين ت ١٢٥٢هـ، مصطفى البابي حلبي- مصر، ط ١٣٨٦/٢هـ.
٢٨- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي - الناشر: دار احياء الكتب العربية، ودار صادر - بيروت .
٢٩- حاشية الشرواني على تحفة المحتاج: للشيخ: عبد الحميد الشرواني، دار الفكر - بيروت .
٣٠- حاشية العدوي على شرح الخرشي لمختصر خليل: للشيخ علي بن محمد العدوي، مطبوعة مع شرح الخرشي، دار صادر - بيروت .
٣١- الحاوي الكبير على شرح مختصر المزني: علي بن محمد الماوردي ت ٤٥٠هـ، دار الكتب العلمية - بيروت .
٣٢- الخيار وأثره في العقود: تأليف: عبد الستار أبو غدة، ط٢ الكويت ١٤٠٥هـ.
٣٣- درر الحكام في شرح غرر الأحكام: للشيخ: محمد بن فراموز الشهير بمنلا خسرو الحنفي، ت ٨٨٥هـ دار السعادة ١٣٢٩هـ .
٣٤- الذخيرة: للإمام للقرافي، ت ٦٨٤ هـ دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط الأولى ١٩٩٤م .
٣٥- روضة الطالبين وعمدة المفتين: للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي الشافعي ت ٦٧٦هـ، المكتب الإسلامي، ط الثالثة ١٤٠٥هـ .
٣٦- سنن ابن ماجه: للحافظ: أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، ت ٢٧٣هـ ط الأولى، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ط ٢ ١٤٠٣هـ .

٣٧- سنن أبي داود: للإمام: سليمان بن الأشعث الأزدي ت٢٧٥هـ، دار الفكر ١٤١٤هـ.

٣٨- سنن الترمذي: للإمام أبي عيسى محمد بن عيسى، ت ٢٧٩هـ ن دار الفكر، ط ٣ ١٣٩٨هـ .

٣٩- السنن الكبرى: تأليف الحافظ أبي بكر أحمد الحسين بن علي البيقي ت ٤٥٨هـ دار المعرفة – بيروت .

٤٠- سنن النسائي: للحافظ: أحمد بن علي بن شعيب النسائي ت٣٠٣هـ، مطبعة مصطفى ىالبابي الحلبي – ط ١ ١٣٨٣هـ .

٤١- شرح الكوكب المنير: للعلامة:محمد بن أحمد بن علي الفتوحي الحنبلي المعروف بابن النجار، مكتبة العبيكان – الرياض ١٤١٨هـ .

٤٢- شرح مجلة الأحكام العدلية: للعلامة: محمد خالد الأناسي، مطبعة حمص ١٣٥٢هـ

٤٣- شرح منتهى الإرادات: للشيخ: منصور بن يونس البهوتي ت١٠٥١هـ عالم الكتب – بيروت، توزيع مكتبة الباز – مكة المكرمة .

٤٤- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: لإسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق أحمد عبد الغفور العطار، دار العلم للملايين بيروت، ط الأولى ١٣٧٦هـ .

٤٥- صحيح ابن حبان: تأليف: محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي، دار النشر: مؤسسة الرسالة – بيروت ١٤١٤هـ، تحقيق شعيب الأرناؤوط .

٤٦- صحيح البخاري: للإمام محمد بن إسماعيل البخاري ت ٨٦٩هـ، دار إحياء الكتب العربية – القاهرة. ونسخة أخرى مع فتح الباري لابن حجر، المطبعة السلفية ومكتبتها – القاهرة ١٣٨٠هـ .

٤٧- صحيح مسلم: للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، ت ٢٦١هـ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي بيروت .

٤٨- ضوابط العقود: د. عبد الحميد محمود البعلي، الناشر، مكتبة وهبة – القاهرة – ط الأولى .

٤٩- العقد في الفقه الإسلامي: د عباس حسني محمد، ط الأولـى، دار الحـرمين القاهرة .

٥٠- العقود الياقوتية: عبد القادر بن بدران الدمشقي الحنبلي، ت ١٣٤٦هـ تحقيق: عبد الستار أبو غدة، ط ٢ /١٤١٣هـ .

٥١- الغرر البهية في شرح البهجة الوردية: للأنصاري:المطبعة الميمنية – مصر.

٥٢- الفتاوى الكبرى: لشيخ الإسلام بن تيمية، دار المعرفة – بيروت ١٣٨٥هـ .

٥٣- فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع الشيخ: أحمد عبد الرزاق الدويش: ١٤١١هـ . الرياض .

٥٤- الفتاوى الهندية: تأليف الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند: ط٢ ١٣١٠هـ .

٥٥- فتح الباري شرح صحيح البخاري:للحافظ بن حجر العسقلاني ت ٨٢٥هـ المطبعة السلفية – القاهرة – ١٣٨٠هـ .

٥٦- فتح القدير شرح الهداية: للإمام كمال الدين بن الهمام الحنفي ت ٦٨١هـ، دار الفكر ط الثانية ١٣٩٧هـ .

٥٧- الفروع: للشيخ شمس الدين المقدسي ابي عبد الله محمد بن مفلح الحنبلـي ت ٧٦٣هـ عام الكتب – بيروت ط ٣ ١٤٠٢هـ .

٥٨- الفروق: للإمام شهاب الدين أبي العباس القرافي ت ٦٨٤هـ، دار المعرفة – بيروت.

٥٩- الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (المدخل الفقهي العـام) مـصطفى أحمـد الزرقاء ط ٩ ١٩٦٧م .

٦٠- الفقه الإسلامي وأدلته: د وهبه الزحيلي – دار الفكر ط ٢ ١٤٠٥هـ .

٦١- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي – تعليق وتنسيق د عبد الفتاح أبـو غدة – ط الثانية ١٤١٨هـ – دار القلم دمشق .

٦٢- قواعد الأحكام في مصالح الأنام: للإمام أبي محمد عز الدين بن عبد السلام ت ٦٦٠هـ، دار الكتب العلمية = بيروت .

٦٣- القواعد: للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ت ٧٩٥هـ، دار المعرفة – بيروت .

٦٤- قوانين الأحكام الشرعية: لابن جزي الغرناطي المالكي، ط عالم الفكر ط الأولى ١٤٠٥هـ .

٦٥- الكافي في فقه أهل المدينة: لأبي عمر يوسف بن عبد البر القرطبي، مكتبة الرياض الحديثة ط ١ ١٣٩٨هـ .

٦٦- الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل: لموفق الدين عبد الله ابن قدامة المقدسي، المكتب الإسلامي ط الثانية ١٣٩٩هـ .

٦٧- كشاف القناع عن متن الإقناع: للشيخ منصور بن يونس البهوتي ت ١٠٥١ هـ، عالم الكتب – بيروت ١٤٠٣هـ .

٦٨- لسان العرب: للإمام أبي الفضل جمال الدين محمد بن منظور، دار صادر، نشر المكتبة الفيصلية – مكة المكرمة .

٦٩- مبدأ الرضا في العقود: د: علي محيي الدين القره داغي، دار البشائر الإسلامية، بيروت ط١ ١٤٠٦هـ .

٧٠- المبدع في شرح المقنع: لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح ت ٨٨٤هـ المكتب الإسلامي ١٣٩٤هـ .

٧١- المبسوط: لشمس الدين السرخسي، دار المعرفة – بيروت ١٤٠٦هـ .

مجلة البحوث الإسلامية: إصدار الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء بالرياض . المجلد الأول، العدد الثالث .

٧٢- مجلة مجمع الفقه الإسلامي: التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي .

٧٣- المجموع شرح المهذب: للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي ت ٦٧٦هـ، دار الفكر – بيروت .

٧٤- مجموع فتاوى شيخ الإسلام بن تيمية: جمع وترتيب: عبد الرحمن بن قاسم وابنه محمد، الطبعة الأولى ١٣٩٨هـ .
٧٥- المدخل الفقهي العام: أحمد مصطفى الزرقاء ت ١٤٢٠هـ، مطابع الأديب، دمشق ١٦٩٧م .
٧٦- المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية: د عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة ١٤١١هـ
٧٧- مراتب الإجماع: ابن حزم الظاهري، دار ابن حزم: ط الأولى ١٤١٩هـ .
٧٨- المستدرك على الصحيحين: للحافظ أبي عبد الله الحاكم النيسابوري، دار الكتاب العربي - بيروت .
٧٩- مصادر الحق في الفقه الإسلامي: د عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي .
٨٠- المصباح المنير: للعلامة: محمد بن علي الفيومي ت ٧٧٠هـ، المكتبة العلمية - بيروت .
٨١- معجم مقاييس اللغة: لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ت٣٩٥هـ، دار الفكر - بيروت . ١٣٩٩م .
٨٢- المعجم الوسيط: مجموعة من الباحثين في مجمع اللغة العربية بمصر. دار الفكر .
٨٣- المغني شرح مختصر الخرقي: لأبي محمد عبد الله بن قدامة المقدسي ت ٦٢٠هـ، مكتبة الرياض الحديثة، ١٤٠١هـ
٨٤- ملتقى الأبحر :تأليف: إبراهيم بن محمد الحلبي الحنفي ت ٩٥٦هـ ن مؤسسة الرسالة ط الأولى ١٤٠٩هـ .
٨٥- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية: محمد أبو زهرة ط دار الفكر العربي .

٨٦- المنتقى شرح الموطأ: للقاضي أبي الوليد الباجي ت ٤٩٤هـ، مطبعة دار السعادة، مصر .

٨٧- المنثور في القواعد: لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي ت ٧٩٤هـ، الناشر – وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت .

٨٨- المهذب في فقه الإمام الشافعي: لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ت ٤٧٦هـ، مصطفى البابي الحلبي – مصر- ط ٣ ١٣٩٦هـ .

٨٩- الموافقات في أصول الشريعة: للإمام إبراهيم بنبن موسى الشاطبي الغرناطي، دار المعرفة – بيروت .

٩٠- مواهب الجليل شرح مختصر خليل: لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب ت ٩٥٤هـ، دار الفكر ط الثانية ١٣٩٨هـ .

٩١- نظرية العقد: أ د: عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي بيروت .

٩٢- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: محمد بن أبي العباس أحمد الرملي الشافعي ت ١٠٠٤هـ ط مصطفى البابي الحلبي ١٣٨٦هـ .